CONSILIORVM
siue
RESPONSORVM
D. IOANNIS GVTIERREZ
I. C. PRAECLARISSIMI, HISPANI:
Et Canonici Doctoralis Almæ Ecclesiæ Ciuitatensis,
Volumen Vnum.

IN QVO MVLTAE, EAEQVE GRAVISSIMAE QVAESTIONES in praxi passim obuiæ, non accuratè minus, quàm solide dissoluuntur.

OMNIA NVNC DENVO HAC POSTREMA EDITIONE ab Auctore recognita, nec non integris duodecim Consiliis locupletata: Additionibus passim Asterico * notatis.

ADIECTIS SVMMARIIS, ET INDICE VBERRIMO.

CVM PRIVILEGIIS.



VENETIIS, M DC IX.

Apud Bernardum Iuntam, Io.Bapt. Ciottum, & Socios.

INDEX COPIOSISSIMVS eorum omnium, quæ in hoc Volumine Consiliorum D. IOANNIS GVTIERREZ continentur.



A

 si pa-

a 2 capit.

com

ad

D

dona-

F

G

Gestum

 admit

com

ad

princi-

F

N

O

offi-cia

defensio-

ZZ

INDEX.

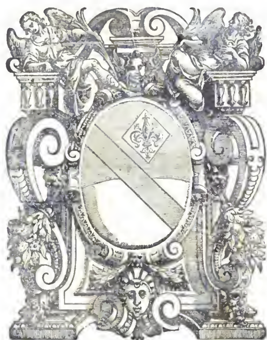
Purgotio

S

Termini

V

F I N I S.



VENETIIS, M.DC.IX.

Apud Bernardum Iuntam,
Io.Baptiſtam Ciottum,
& Socios.




BIBLIOTECA NAZIONALE "VITTORIO EMANUELE"
NAPOLI



CONSILIA,
siue Responsa,
D. IOANNIS GVTIERREZ
I. C. PRAECLARISSIMI, HISPANI;
Et Canonici Doctoralis Almæ Ecclesiæ Ciuitatensis &c.

SVMMARIA.

1 *Testator fundans capellaniam vel ecclesiam potest apponere tempore fundationis, quacunque pacta & conditiones voluerit, & seruanda sunt.*

2 *Testator fundans capellaniam potest eam facere sacerdotalem.*

3 *Sententia super causa filiationis & sic super consanguinitate habita cum legitimo cōtradictore nocet & prodest, etiam omnibus non citatis.*

4 *Quibus casibus nocet vel prodest sententia inter alios lata, in eisdem nocent & prosunt probationes & alia acta causæ: & econtra.*

5 *Probatio de auditu non probat, nec facit fidem nisi in factis antiquis: & quod dicatur factum antiquum.*

6 *Adulterinus non gaudet nobilitate patris.*

7 *Nobilis eo quòd sit rusticus, & laborans proprijs manibus in proprijs possessionibus non amittit nobilitatem.*

8 *Vbicunque non conueniunt verba legis, vel testatoris, nec ipsius dispositio locum habet.*

9 *Verba testamenti sunt subtiliter consideranda.*

10 *Idoneus dicitur, qui potest seruire capellaniæ, ad quam nominatur vel prouidetur.*

11 *Testator si in fundatione dicat, quod præsentandus sit sacerdos, aut presbyter, vel quòd præsentetur capellanus, qui celebret missas, requiritur quòd præsentandus sit sacerdos tempore præsentationis.*

12 *Cap. licet Canon, de electione. li. 6. præcipiens sufficere vt prouisus de beneficio ordinetur intra annū, procedit in illis prębēdis, & sacerdotis, quę licet habeāt annexum ordinem, illud tamen est respectu aptitudinis: secus verò erit in illis, quæ requirunt certum ordinem respectu actus ex l. fundationis, quia hoc casu requiritur, quòd promouendus tempore promotionis habeat illum ordinē annexum beneficio.*

13 *Quotiescunque ex fundatione, statuto vel consuetudine beneficium aliquod non potest dari, nisi habenti sacrum ordinem, vel sacerdotium, non potest prouideri alteri quam habenti illum ordinem vel sacerdotium.*

14 *Qualitas adiuncta verbo, debet regulari secundum tempus verbi.*

15 *Qualitas requisita ad admittendum, vel excludendum aliquem in beneficio vel dignitate debet adesse tempore prouisionis, vel exclusionis, nec sufficit quòd ex post facto interueniat.*

16 *Lex quando vnum disponit, & alterum præsupponit, ad hoc, vt locum habeat dispositum, debet prius verificari præsuppositum.*

17 *Eligendus virtute vltimæ voluntatis ad aliquod officium requirens certam qualitatem ea debet esse tempore electionis, nec sufficit quod adsit tempore administrationis.*

18 *Legatarius volens consequi relictum alicui tanquā sacerdoti, debet probare se esse sacerdotem ad hoc vt legatum consequatur, si causa illa fuit adiecta per modum causæ finalis.*

19 *Episcopus cum consensu patroni potest dispensare pro vna vice cum præsentato alterando qualitates à testatore requisitas, veluti circa sacerdotium.*

20 *Vnio capellæ fieri non potest etiam cum consensu patroni per Episcopum, nisi causa sufficiens adsit.*

21 *Testator si capellam ædificari certo loco mandauit, si fieri potest non debet locus mutari.*

22 *Episcopus regulariter sine causa dispensare nō potest.*

23 *Episcopus ex causa etiam cum consensu patroni non potest tollere nec mutare conditiones vtiles ecclesia appositas in ipsius fundatione.*

24 *Oppositione facta alicui capellaniæ acquiritur ius opponenti.*

25 *Lite pendente super aliquo beneficio, illud beneficiū vniri non debet alteri, quod habet vnus ex litigan-*

tibus, qui vnionem petit.

26 *Episcopus dispensare non potest, nisi in casibus à iure expressis.*

27 *Patronus ideò dicitur, quia sicut pater ducit filium de non esse ad esse, ita patronus ducit ecclesiam de non esse ad esse.*

28 *Episcopus cum consensu veri patroni, id est, fundatoris potest alterare qualitates per ipsum primum requisitas.*

29 *Voluntas testatoris mandatum dicitur.*

30 *Mandatum non potest etiam in melius reformari per mandatarium.*

31 *Superior aliquem instituens iure deuoluto ob negligentiam patroni debet idoneum instituere secundum voluntatem testatoris, eam seruando non verò dispensando.*

32 *Hæres vel successor fundatoris, hoc est, veri patroni an possit consentire vt episcopus alterare possit dispensando pro vna vice voluntatem testatoris vt capellania non presbytero conferatur?*

33 *Requiritur tamen aliqua causa ad hoc, vt consensus hæredis, vel successoris sufficiat.*

34 *Capellaniæ iuris patronatus an possint seruiri per substitutum?*

35 *Consuetudo erronea nihil valet.*

36 *Consuetudo contra ius non extenditur ad alium casum, cum sit stricti iuris.*

37 *Quando per aliquem intellectum reducimur ad ius commune antiquum, extensio fieri debet, vt res de facili ad suam naturam redeat.*

38 *Voluntas testatoris quando certa est seruari debet omnino.*

39 *Consuetudo solum in casu dubio disponit.*

40 *Consuetudo quòd per substitutum seruiri possit non valet quando censetur electa industria certæ personæ.*

41 *Patronus præsentans scienter indignum priuatur pro ea vice potestate præsentandi.*

42 *Decreto Sancti Concilij Triden. vnum tantum beneficium ecclesiasticum conferri in posterum singulis debet: quòd si id non sufficiat ad vitæ sustentationem, aliud simplex conferri potest, dummodo vtrumque personalem residentiam non requirat.*

43 *Idoneus vno sensu dicitur, in iure, qui non habet aliud beneficium; quia qui illud habet non est idoneus ad aliud obtinendum.*

44 *Probatio facta sine citatione partis est nulla.*

45 *Quod procedit etiam si testes recepti in summario iudicio sine citatione parti, sint mortui.*

CONSILIVM PRIMVM.

In nomine Domini nostri Iesu Christi, Amen. Viso tenore & clausula fundationis præsentis Capellaniæ, quæ est de iure patronatus laicorum, ad quam ius prætendunt plures, præcipuè inter alios Petrus subdiaconus consanguineus proximior fundatoris, atq; à patrono præsentatus: item & Ioannes primæ tonsuræ clericus ab eodem patrono secundo loco accumulatiuè præsentatus, consanguineus etiam fundatoris: item & Didacus presbyter consanguineus etiam fundatoris. tertius oppositor, & alij: omnibus rectè visis & consideratis (saluo meliori iudicio) iure & iustitia exigente, capellania præd. est conferenda dicto Didaco, qui est cæteris alijs preferendus in assequutione & prouisione eiusdem, vt ex infrà dicendis liquidò apparebit.



ET pro intelligentia infrà dicendorum præsupponere opus est, 1 quòd † testator fundás capellaniam vel ecclesiam potest apponere tempore fundationis, quæcunq; pacta & conditiones voluerit, & seruanda sunt ex regula vulgata text. in l. in traditionibus, ff. de pact. pro quo est text. in propria materia in cap. præterea, el secundo, de iure patr. & in cap. quanto, de censib. & in cap. Eleutherius. 18. q. 2. quibus consonat. l. 9. tit. 6. lib. 1. nouæ Copilatio; regiæ. in vers. si. cuius verba sunt hæc: *Mandamos que en tal caso, o otros semejantas se guarde lo que fuere ordenado en la fundacion del Monasterio, o Iglesia.*

Dum tamen, si præd. pacta & conditiones circa spiritualia sint, Episcopi consensus interueniat, vt latissimè concludit Rochus de Curt. in tract. de iur. patr. in verb. Pro eo, quod. nu. 24. & seq. fol. 54. in paruis. & post eum latius Cæsar Lambert. in eodem tract. 9. principali q. 1. par. 1. lib. num. 49. & seq. fol. 81. qui confessus iam interuenit in hac nostra capellania tempore, quo fuit erecta per ordinarium huius diœcesis, quando fuit prouisa vltimo eius possessori, cuius morte non vacat dict. capellania, vt constat ex ipsius collatione in processu producta. Ex quibus constat, quòd omnia contenta in clausula fundationis, tam respectu eius, quod in ea dicitur, scilicet, quòd capellanus dicat duas missas in singulis hebdomadis, quam φ consanguineus si sit idoneus præferatur, &c. sunt seruanda in specifica forma, & adimplenda iuxta supradicta: pro quo adest text. expressus sacri Concilij Trid. sess. 25. cap. 5. de reformat.

2 Vnde † poterit testator qui fundat capellaniã facere eam sacerdotalem vt ex supradictis patet, & probatur preterea in cap. significatum, de preb. per quem text. ita probat, & tenet Cæsar Lambert. in d. tract. de iure patr. 1. par. 2. lib. 29. art. 7.

art. 5. q. princip. num. 2. fol. 79. Et ita pluries reperitur in iure facta mentio de beneficijs habentibus annexum sacerdotium ex fundatione testatoris, prout est in glo. fi. maiuscula, c. si eo tempore, de rescript. in 6. & gl. in Clem. vt hi, qui, verbo, Annexi, de ætat. & qualit. & alibi sæpissimè, & à fundatione recedere non licet, vt in d. ca. significatum, & in Clem. quia contingit, de religios. dmnib.

Secundò præsupponendum est, multis constare probationibus in processu, dictum Didaeum esse propinquum fundatoris huius capellanię in quarto gradu cõsanguinitatis. Nam primò id patet ex probationibus, quas quondam fecit pater dicti Didaci ad perpetuam rei memoriam, super iure patronatus huius capellaniæ, & super ipsamet capellania quæ sunt ꝓductæ in hoc iudicio, & faciunt plenam fidẽ in eo, quia ad eas faciendas præcessit citatio in personas eorũ, qui nunc se opposuerunt huic capellaniæ, vltra citationẽ generalem oĩum sua interesse putantiũ, quæ fuit facta per edictum peremptorium in forma cõi & incusata eorum contumacia, iux. tex. in c. fi. de elect. lib. 6. & quæ ibi notant Doct. & Rochus de Curt. de iure patro. verbo, Competens, nu. 50. & sequentib. & ita est allegatum & probatum per aduersas partes, qui id adduxerunt in aliud propositum nitentes probare, similia edicta omnib. præiudicare secundum ius, & stylum huius tribunalis. Imò etiam dictæ probationes factę cum legitimo contradictore, absq; alia citatione facerent fidem in hoc iudicio, & prosunt omnib. descendentibus ex patre d. Didaci, qui eas fecit, & nocent oĩbus etiam non vocatis nec citatis.

3 Quia † sentẽtia super causa filiationis, & sic super consanguinitate habita cum legitimo cõtradictore nocet, & prodest etiam omnibus non citatis, & est hic vnus casus, in quo res inter alios acta alijs nocet, & prodest etiam ignorãtibus & non citatis, vt probat text. in l. 1. §. fina. & in l. sequenti, ff. de lib. agnosc. & tradit Tiraq. in tract. res inter alios acta limitatione 27. & latè Couar. in 4. Decretal. 2. par. c. 8. §. 3. num. 2 fol. 123. & idem optimè in pract. quæst. c. 13. num. 5. & est pro hac opinione expressa l. regia 20. in ordine in vers. *Otrosi dezimos, que si algumo se razona por hijo, &c.* tit. 22. par. 3. & ibi Gregor. Lopez in gl. *Non se acetassen hi.*

4 Sed sic est, † quòd quib. casib. nocet vel prodest sententia inter alios lata in eisdem nocent & prosunt probationes & alia acta causæ & è cõtra, vt tradit latè alios allegans Matthęus de Afflict. decis. Neapol. 396. nu. 3. ergo, &c.

Secundò probatur esse talem cõsanguineum propinquum dicti fundatoris dictum Didac. sua nnua probatione, à se facta in hoc iudicio citatis citandis: nam ibidem reperientur testes plenè deponentes de præd. consanguinitate.

Tertiò idem constat ex testibus dictorum Petri & Ioannis aduersariorum asserentibus, proauum dicti Didaci fuisse fratrem patris fundatoris, itaq; hæc probatio sufficeret, etiam aliter non probata dicta consanguinitate.

Quartò probatur per sententiam latam in cõtradictorio iudicio, quæ est producta in hoc processu, per quam fuit facta prius collatio huius capellaniæ cuidam patruo dicti Didaci iam defuncto, tanquam consanguineo fundatoris, imò in ea declaratur dictus patruus pro consanguineo ipsius: quæquidem sententia facit magnam præsumptionem, etiam in hoc iudicio arbitrio iudicis, vt tradit latè Couarr. in pract. quæst. cap. 13. num. 4. Et præterea d. Didaeus probauit in hoc processu dictum patruum esse fratrem legitimũ sui patris, quia ambo fuerunt habiti & procreati ex matrimonio legitimè cõtracto inter Matthęũ & Mariam ipsius coniugem auum & auiam d. Didaci ex paterna linea. De primo itaq; ad vltimum his duobus iunctis probatur præcipuè consanguinitas quarto modo, maximè iunctis omnibus supradictis, quia processus debet simul iũgi ad proferendam sententiam in eo iuxta tradita per Abbatem & Felin. in cap. cum Ioannes, de fide instrumentorum.

Nec huic rei obest, quod aduersæ partes visæ sunt probare, dicentes, dictum Didaeum non esse consanguineum dicti fundatoris legitima linea, sed potius illegitima, & adulterina, nempe quia dicunt ipsi quòd proauus Didaci non fuit habitus ex legitimo matrimonio, sed ex coitu adulterino: nam hoc minimè probant, nec testes hoc deponunt, nisi de auditu tantum: & alij testes, eis antiquiores, qui melius hoc scire poterãt, dicunt se id nescire, producti ab aduersis partibus, neq; audiuisse, prout sunt Franciscus Garsia ætate 90. annorum, & Franciscus Gundisáluus ætate plusquam 70. annorum.

5 Est probatio de auditu non valet, nec facit fidem, vt sunt iura vulgaria, nisi in factis antiquis. Et antiquum factum in proposito dicitur, quod excedit metam centum annorum, vt testatur cõmunem opinionem esse, Ias. in l. cũ aliquis, col. fi. C. de iur. deliber. & idem Ias. in repet. l. admonendi, nu. 203. ff. de iureiur. * & plures citãs Aymon Crauet. de antiq. temp. in princ. nu. 4. & 5. & Petrus Ducñ. in Reg. 140. limit. 7. & communem & receptiorem testatur Menoch. de arbitr. iudic lib. 2. centur. 1. casu 3. qui per totum illum casum alias opiniones refert in proposito, sed quam prædiximus est magis communis, vt constat ex supradictis. * Sed sic est, quòd factum de auditu, de quo videntur deponere dicti testes nõ excedit metam centum annorum, imò nec quinquaginta, igitur nullam fidem faciunt, præcipuè quia ipse Didacus habet duos testes, in primis probationibus in hac causa productis, deponentes de legitimitate proaui dicti Didaci: & quia sunt mortui d. testes non fuerunt examinati in hoc iudicio, sed fuit probata ipsorum bona fama & fides, quod sufficit, cum fuerint iam producti in alio contradictorio iudicio præcedentibus citationibus, iuxta supradicta.

Probatur alio ex capite legitimitas dict. proaui: quia vt constat ex processu erat nobilis & exemptus à contributionibus, in quibus plebei (vulgò dicti pecheros) contribuunt, quas ipse minimè soluit, etiam si vixerit in oppido non libero à prædict. contributionibus.

6 Ergo si fuisset adulterinus, prout aduersæ partes allegant, non gauderet d. nobilitate & exemptione, vt cauetur in petitione 9. Vallisolet. ann. 42. & in l. fin. titul. 13. & in l. 3. titul. 15. par. 4.

7 Quia nobilis eò quòd sit rusticus, & laborans proprijs manibus in proprijs possessionibus nõ amittit nobilitatem, vt tenet Guido Pape, decis. 392. & alios allegans Tiraquel. de nobil. cap. 2. num. 54. pag. 29. Præterea ad hoc, vt probatio de auditu etiam in factis antiquis probet, requiruntur plura, quę late, & bene cumulat Rol. à Valle cons. 3. lib. 1. num. 48. & pluribus sequent. quæ, nec vnum ex eis probata sunt, nec probari poterunt. Imò, vt dictum est, ex parte Didaci probatum est contrarium, quod fieri potest, & præfertur probationi de auditu, vt dicit Rolan. à Valle, vbi supra.

His sic præhabitis, satis constat dictos Petrum, neque Ioannem, nec cęterorum oppositorum aliquem debuisse admitti ad huius capellaniæ, de qua agimus petitionem, fortiusq; nec ad prouisionem fore admittendos: quia cum ipsi nec eorum aliquis, exceptis dicto Didaco, & Francisco sint sacerdotes, quo modo, aut pacto sunt admittendi cum per testatorem præcipiatur, quòd capellanus seu prouidendus dicat missas, & hæc qualitas, & cõditio debeat specificè in prouisione huius capellaniæ obseruari nec possit ei derogari aut detrahi? Igitur cum d. Didacus sit sacerdos, & in eo concurrant cæteræ omnes qualitates requisitæ, debet præferri in hac capellania omnibus supra dictis oppositoribus non sacerdotibus, & etiam dict. Francisco licet presbyter sit, per ea, quæ infra dicentur contra ipsum in vers. super est nunc vt ad exclusionem Francisci, &c.

8 Pro quo facit, quia vbicunq; non conueniunt verba legis, seu testatoris (quę sunt lex) nec ipsius dispositio locum habet, vt probat text. vulgaris, & ibi notant Doct. in l. 4. §. toties, ff. de dam. infecto. Item facit bonus text. in l. Mæuia, ff. de manumis. testam. ibi, nec contextum verborum totius scripturæ, nec mentem testatricis eam esse. ad idem melior text. in l. si ancillas omnes, ff. de leg. 1. in illis verbis, quod falsum puto, & nec verbis, nec voluntati defuncti accõmodata hæc sententia est. Ex quo text. Ias. ibi, nu. 5. bene notat, quòd in interpretandis testamentis non est recipienda illa opinio, quæ nec verbis nec menti testatoris congruit, dicens, quòd in consulendo solet ipse sæpè allegare illum text. Cum igitur in præsenti nostro casu nõ cõgruat verbis nec menti testatoris fundantis dictam capellaniam, vt alius, quàm sacerdos sit ipsius capellanus, contraria sententia reijciẽda penitus est, & non admittenda, sed accipienda ea, quæ minimè offendat verba mentemq; testatoris, vt probat tex. in l. ab omnibus. in princ. ff. de leg. 1. in illis verbis, cum & significatio verborum non repugnet huic sententiæ, & voluntas testatoris congruat.

9 Quia verba testamenti sunt subtiliter consideranda, vt probat text. in Auth. de testit. fideicom. §. nos igitur. collat. 9. quia in se magnum pondus habent ad cognoscendum quicquid est, atque ideo bene ponderanda, vt dicit eleganter Bal. consi. 122. 1. par. incip. verba testamenti sic dicunt in fine.

Et quòd hæc sententia, scilicet, vt non sacerdos etiamsi sit in sacris constitutus admittatur ad d. capellaniam verbis, & voluntati testatoris non cõgruat, imò repugnet, expressè probatur ex ipsamet clausula fundationis, Para vn capellan, que diga dos missas. Ergo si capellanus debet dicere missas, manifestissimè tam verbis quàm voluntate testatoris constat, quòd debet esse sacerdos, quia non sacerdos non potest dicere missas. Et iterum ibi, que el capellan pariente se prefiera al estraño, y el mas cercano pariente, siendo idoneo, se prefiera al que no fuere tan cercano pariente. Ecce ergo verbum, Capellan, iterum repetitum cum illa qualitate, quòd sit idoneus; idoneitas hæc interpretanda est ab ipsamet clausula & voluntate testatoris præcedente, scilicet, quòd sit idoneus, vt possit prædictas missas dicere, nam nulla alia potior interpretatio est, quam quæ sumitur ex ipsamet lege, & voluntate testatoris, quæ est lex, vt in l. 1. & quæ ibi notant Doct. ff. de reb. dub.

10 Præterea idoneus dicitur, qui potest seruire ecclesiæ seu capellaniæ, ad quam nominatur vel prouidetur iuxta text. in c. super inordinata. de præb. quia beneficium datur propter officium, iuxta text. in c. cum secundum. eod. tit. cum alijs vulgar. & qui non seruit non potest habere fructus, vt in c. diuersis. de cleric. coniug. & in c. cõquerente. & in c. eum ad hoc. de cleri. non resid. Ex quibus colligitur testatorem voluisse, quòd si proximior consanguineus nõ sit idoneus, idoneitate præd. proximus consanguineus idoneus, imò eo deficiente extraneus ei præferatur, quia non idoneus pro nullo reputatur: ergo nihil refert quòd dictus Petrus sit vno gradu proximior testatori, quàm dictus Didacus.

11 Et quòd hæc fuerit voluntas fundatoris, vt capellanus dict. capellaniæ tempore præsentationis seu oppositionis sit sacerdos, & non sufficiat, quòd sit simplex clericus, subdiaconus, vel diaconus præterquam quòd ex ipsamet clausula cõstat apertissimè iunctis ijs, quæ supradicta sunt, ius ita expressè interpretatur, & disponit in proprijs terminis, quia siue testator dicat in fundatione quòd præsentandus sit sacerdos, aut presbyter, siuè quòd præsentetur capellanus qui celebret missas, vt dixit testator in fundatione huius capellaniæ, de qua agimus, requiritur necessario

dat

nio, quòd præsentandus sit sacerdos tempore præsentationis: ita tenet lateque probat, & fundat Andr. Barbat. in cons. 33. incip. scripsit Psalmista, in 4. & 5. col. vol. 2. quem refert & sequitur, late etiam idem probans Cæsar Lamber. de iure patr. 27. artic. 7. quæst. princip. 1. par. 2. lib. num. 1. & seq. fol. 230. in antiquis, & fol. 78. in nouis, quos etiam refert & sequitur Didac. Perez in l. 1. tit. 6. lib. 1. Ordin. col. 346. in vers. notabile etiam est dubium. vltra quos eandem opinionem sequitur alios allegãs Rochus de Curt. in tract. de iure patr. ver. Honorificum, num. 21. fol. 15. in paruis. & Franciscus de Ripa in l. ex facto, num. 31. ff. de vulg. & pupill. substit. & Dec. cons. 129. num. 5. & Abb. optimè in cap. dilect. in 2. notab. num. 5. de testib. vbi dicit hæc verba. Nota secundo, quòd præbendarum quædã sunt sacerdotales, quædam non, & possunt dici sacerdotales illæ, quæ habent onus celebrandi annexum, argum. text. in cap. significatum, de præben. & vide text. iuncta glo. in c. cui de non sacerdotali, de præben. lib. 6. Et intellige hoc de speciali dispositione, nam de iure communi non est diuersitas in præbendis, nec requirunt constitutũ in sacerdotio, vide text. cum glo. in Clement. vt hi, qui de ætat. & qualit. & quod notatur in c. 2. de instit. Hæc sunt verba Abbatis, vbi supra. Ergo cum testator in nostro casu imposuerit onus duarum missarum in vnaquaq; hebdomada dicendarum, & præcipiat, vt eas dicat capellanus, & quòd sit idoneus, constat manifestissimè hanc capellaniam esse sacerdotalem. Idem in effectu tenet Ioan. Andr. in addit. ad gl. cap. ei, cui. verb. sacerdotalis, de præben. in 6.

11 Et prædicta adeò vera sunt, vt procedant etiã si testator seu fundator dixerit, quòd præsentetur clericus, qui celebret, vel per alium celebrari faciat, quia nihilominus sacerdos est præsentandus, nam supradict. facultatem concessit testator capellano, vt si forte esset impeditus, aliquo impedimento, posset facere celebrari per substitutum non tamen per dicta verba voluit dispositionem suam ampliare, vt præsentandus ad illã capellaniam non sit actu sacerdos: ita tenet, & bene probat Barb. vbi supra, & Cæsar Lambert. in 28. art. statim sequenti per totum. Itaque secundum supradictos paria sunt, imò idem, si testator dixerit, quòd præsentandus sit sacerdos, vel quòd celebret: adimpleri igitur debet ipsius voluntas, iuxta ea, quæ supradicta sunt, præcipue per text. Sacri Conc. Trident. d. sess. 25. cap. 5. de reformat. quæ profectò expressissima sunt in nostro casu.

Non obstat allegatio dictorum Petri & Ioannis, scilicet, quòd intra annum possunt ordinari, & quòd hoc sufficiat iuxta iuris dispositionem per text. in ca. licet Canon. de elect. lib. 6. & in d. Clem. vt hi, qui de æta. & qualit.

Quia respond. illud procedere atq; sufficere, in illis præbendis, & sacerdotijs, quæ licet habeant annexum ordinem, illud tamen est respectu aptitudinis, secus verò erit in illis, quæ requirunt certum ordinem respectu actus ex lege fundationis Laici: hoc enim casu requiritur, quòd tempore promotionis habeat promouendus ordinem illum annexum beneficio, sicut in nostro casu, quia ex quo testator dixit, & requisiuit, quòd præsentandus sit idoneus, sequitur manifestissimè voluisse annecti huic capellaniæ ordinem sacerdotalem respectu actus, & quòd tempore præsentationis, seu promotionis sit sacerdos talis capellanus. Cum ergo dicti præsentati non sint sacerdotes, & dictus Didacus habeat hunc ordinẽ sacerdotalem, debet eis præferri, imò supra dicti non debent admitti, quia non sunt idonei ita tenet, & distinguit & declarat Abb. in cap. cum in cunctis, §. inferiora, num. 10. & 11. de electio. vbi dicit quòd si ex prima fundatione beneficiũ habet annexum sacerdotium in actu, requiritur, quòd sit sacerdos, qui illud obtinere debet, sicut in nostro casu ex fundatione id requiritur. Eandem etiam opinionem, & distinctionem alios referẽs sequitur Rochus de Curt. in d. tract. de iure patro. verbo, Honorificum, num. 21. per totum vbi ad id refert decis. Rotæ de præbend. in nouis decis. 1. & est ad fi. d. decis. tenet etiam optimè Barbat. vbi supra, d. cons. 33. & latè Cæsar Lambert. vbi supra, art. 29. per totum, vbi testatur communem esse, sufficere esse ætatis idoneæ præsentandum per patronum, vt infrà annum possit promoueri ad ordinem requisitum ex dispositione iuris communis, hoc est, à constitutione ecclesiæ vel ab homine ecclesiastico, vt in ecclesia parochiali & simil. secus si ex lege fundationis laici, vt ibi per eum, nu. 5. Quod vltimum tenet etiam Petrus ab Exea in suo directorio elect. c. 9. 2. par. num. 3. vol. 14. doctorum, fol. 69. tenet etiam expressissimè loquens in nostris terminis, scilicet, quod d. c. licet Canon. & textus similes idem disponentes non habeant locũ quotiescunq; aliud requireretur consuetudine, vel statuto, vel fundatione d. beneficij, scilicet, quòd prouidendus haberet aliquem ordinem. Rebuff. in praxi benef. tit. requisita ad collationem bonam, nu. 33. & 34. pag. 36 t. & Io. de Imol. in d. Clemen. vt hi qui. col. 9. vers. 2. glo. & Ripa optimè vbi supra, in d. l. ex facto, nu. 31. vbi in terminis nostris expressè tenet, quòd non sufficit patronum præsentare non sacerdotem, licet intra tempora à iure statuta promoueatus ad sacerdotium: sed oportet quòd præsentatus sit sacerdos tempore præsentationis. Quorum duplex est ratio.

13 Prima, quia quotiescunq; ex fundatione vel statuto, vel consuetudine beneficiũ aliquod non potest dari, nisi habenti sacrum ordinem, vel sacerdotiũ, tunc non potest prouideri alteri quàm habenti illum ordinem, vel sacerdotium iuxta glo. in c. si eo tempore, de rescr. in 6. & gl. fi. maiuscul. & ibi Doct. in d. Clem. vt hi, qui. vers. annexi, de ætat. & qualit. sequitur Bonifacius in peregrina legum partit. ver. Beneficium, q. 3. in gl. conferendum, in fi. & Greg. Lop. in l. 3. tit. 16. p. 1. in gl. catorze años, Rolan. à Valle cons. 47. nu. 59. li. 1. Cæsar Lamber. vbi sup. addit tamen Fel.

A 3 cum

cum alijs in c. cum te, nu. 18. de rescrip. quòd vbi personæ habilitas requiritur ad certum actum, sufficit, quòd adsit tempore exerciti actus, ad quem exercitium applicatur: sed cum iam habeamus iure decisum patia esse si in fundatione dicatur, quòd prouideatur sacerdoti vel quòd capellanus celebret, necessario iam sequitur capellaniam hanc deberi conferri dicto Didaco, & non alij.

14 Secunda & præcipua ratio est, quia qualitas adiuncta verbo, debet regulari secundum tempus verbi, l. in delictis, §. si tracta. ff. de noxal. l. Titius, ff. de testam. milit. ergo cum d. clausula fundationis dicat. Para vn capellao, que diga las missas, y que el presentado sea idoneo, illud, que diga las missas, y que sea idoneo, debet concurrere, tempore, quo eligitur vel præsentatur capellanus, vt reguletur secundum tempus sui verbi.

15 Pro quo etiam facit, quia quotiescunque requiritur aliqua qualitas ad admittendum, vel excludendum aliquem in beneficio, officio, vel dignitate, qualitas illa debet adesse tempore prouisionis, vel exclusionis, nec sufficit quòd ex post facto interueniat: ita probat textus expressus loquens in beneficijs in ca. si eo tempore, de rescrip. in 6. est etiam bonus text. in l. 2. ff. de excus. tuto. vbi Bart. per text. ibi: & per text. in d. cap. si eo tempore. notat, quòd si aliquis impetrauit beneficium eo tempore, quo nō habebat legitimam personam, & quæstione pendente peruenit ad ætatem legitimam, tunc inspicimus tempus, quo fuit electus. Hanc etiam regulam probat Roder. Suarez allegatione 12. pag. 2. in medio. & Auend. in c. prætorum. lib. 1. cap. 12. nu. 13. in versi. octauum est. & in capit. 23. num. 7. eodem lib. & Abb. in cap. post cessionem, num. 10. de probat. Vbi Dec. nu. 5. notat ex illo tex. secundum communem intellectum, quòd habilitas præcipuè requiritur tempore, quo officium assumitur, & non tantum sufficit habilitas tempore acquisitionis officij, sed etiam debet esse à principio, per tex. in d. cap. si eo tempore. vbi hoc intelligit procedere quotiescunque prohibitio respicit principiū actus, aliàs sufficit, quòd tempore, quo officium personæ applicatur, sit illa qualitas per tex. in cap. ei, cui, de præb. in 6. Ergo cum dicti oppositores: qui non sunt sacerdotes nec ab initio, nec tempore vacationis, nec præsentationis, vel prouisionis d. capellaniæ non sint idonei, nec aliquam qualitatem habeant requisitam per fundatorē, ad ipsam nequaquam admitti debent: præcipuè cum testator ipse requirat, quòd præsentandus sit idoneus, & sic quòd tempore præsentationis habeat præd. idoneitatem (hoc est de missa) vt suprà dictum & probatum est. Vnde cum illo tempore minimè haberent illam qualitatem, nec nūc habeant, non sunt admittendi, præsertim cum tacita illa prohibitio testatoris resultans ex dict. fundatione, imò expressa, scilicet vt non præsentetur nec admittatur ille, qui non sit idoneus, respiciat principium actus, idest, ipsam præsentationem, iuxta communem intellectum tex. in d. ca. post cessionem, relatum per Decium ibidem d. num. 5. qui etiam est videndus num. 18. & 19. eiusdem cap. Et quòd qualitas requisita debeat interuenire tempore actus, & non sufficiat, quòd postea interueniat tenet latè plures allegans Paul. Paris. consi. 62. nu. 36. & pluribus seq. vol. 4.

16 Facit vlterius, quia quando lex, (sicut est voluntas testatoris) vnum disponit, & alterum præsupponit, ad hoc vt habeat locum dispositum, verificari debet præsuppositum iuxta gl. singul. in l. mancipia, verbo, Aduocandum, C. de seruis fugit. quam ibi in hoc notant Iac. Butrio. & Bald. & commendat eam Roman. sing. 489. & Dec. in l. 1. nu. 14. C. de ædend. & Curtium in l. 1. nu. 2. ff. si cert. pet. Fel. in cap. nonnulli, num. 34. de rescript. Ergo cum testator vnum disponat fundās hanc capellaniam & alterum præsupponat, scilicet, quòd capellanus celebret duas missas, & iterum dicat, quòd sit idoneus, qua geminatione verborum certa voluntas testatoris magis demonstratur, ad hoc, vt habeat locum dispositum, scilicet, vt conferatur d. capellania, requiritur verificatio præsuppositi, tempore, vt ille, cui conferenda sit, idoneus existat ad celebrandas missas (hoc est sacerdos) iuxta supradictam doctrinā.

17 Præterea facit, quia si sufficeret aptitudo, & potentia percipiendi ordinem sacerdotalem intra annum, resultaret maximum inconueniens, scilicet, quòd vltima voluntas testatoris in pendenti esset contra tex. in l. vsusfructus. cum simil. ff. de stipul. seruor.

Qua ratione, & per tex. in d. cap. si eo tempore, loquit Bart. in d. l. vsusfructus. num. fi. quòd si aliquis est eligendus virtute vltimæ voluntatis ad aliquod officium requirens certam aliquam qualitatem, ea debet adesse tempore electionis, & non sufficit quòd ad sit tempore administrationis. Ergo ita & eodem modo dicendum est in nostro casu, imò præcipuè in eo, cum ex dispositione testatoris requiratur, quòd tempore præsentationis sit idoneus. Pro quo facit tex. expressus Sacri Conc. Trid. iam sæpè allegatus sess. 25. cap. 5. de reformat. cuius verba sunt hæc: Ratio postulat, vt illis, quæ benè constituta sunt cōtrarijs ordinationibus non detrahatur. Quando igitur ex beneficiorum quorumcumque erectione seu fundatione aut alijs constitutionibus qualitates aliquæ requirūtur seu certa illis onera sunt

18 iniuncta in beneficiorum collatione, seu in quacunque alia dispositione eis nō derogetur idem in præbendis theologalibus, magistralibus, doctoralibus, aut presbyteralibus, diaconalibus, ac subdiaconalibus, quandoquidem ita constituta sint, vt eorum qualitatibus, vel ordinibus nihil in vlla prouisione detrahatur, & aliter facta prouisio subreptitia censeatur. Probatur etiam iterum in sess. 22. cap. 4. de reform. ad fin. vbi postquam renouatur text. in Clemen. vt hi, qui, de ætate & qualit. dicit text. Neq; alijs in posterum fiat prouisio nisi ijs, qui iam ætatem, & cætera

habilita-

habilitates integre habere dignoscatur: aliter irrita sit prouisio. Ergo habilitas & qualitas requisita ex fundatione beneficij, vel capellaniæ debet præcedere ipsius prouisionem & petitionem, aliàs erit irrita prouisio aliter facta, nõ sufficit igitur, quòd possint ordinari intra annum. Ex quibus omnibus satis superque probatũ existit nullã esse & contra ius allegationem aduersorum nitentium in hoc casu in facultate annali, volentes ea vti, de qua in d.c. licet Canon. & in d. clem. vt hi, qui, cum similibus.

18 Facit etiam doctrina Bal. in l. eam, quam. col. fi. in versi. extra quæritur, legatum fuit relictum, C. de fideicommis. vbi tenet quod quando aliquid legatur alicui tanquam sacerdoti, debet ille probare se esse sacerdotem, ad hoc, vt habeat legatum, si illa qualitas fuit adiecta per modum causæ finalis. Sed testator in proposito, qui legatum huius capellaniæ reliquit, id fecit propinquo suo sacerdoti per modum causæ finalis, vt diceret missas vt supra visum est: igitur antequã propinquus consequatur hoc legatum, probare debet se esse sacerdotem: quam Baldi doctrinam sequitur per tex. ibi Alex. in l. si pater tuus. nu. 2. C. de hæred. instit. * & ita est tenendum cum suprad. communi doctrina in fundatione laici, licèt Ferretus consi. 305. nume. 1. cum sequentib. tom. 2. teneat contra eam, imo quòd quando certus ordo annexus est beneficio simpliciter, puta sacerdotij à iure cõmuni aut primæua institutione seu consuetudine vel statuto, valeat electio & confirmatio seu alia prouisio facta clerico in minoribus ordinibus tantum constituto, in ætate tamen legitima ad illud beneficium dummodo proximis statutis à iure temporibus faciat se promoueri ad huiusmodi ordinem requisitum: nam satis est quòd tempore præsentationis, seu electionis ille sit aptus promoueri ad illum ordinẽ nisi ordo esset annexus beneficio respectu actus, id est contemporaneè quando fieret electio, vel prouisio, nempe quando cauetur, quòd alij non conferatur, nisi habenti illum ordinem & quòd aliàs non valeret electio, præsentatio, vel prouisio: eius tamen opinio saluari & teneri potest in casu quo loquitur, nempe in fundatione personæ ecclesiasticæ; quo casu idem cũ Cæsar. Lambert. vbi supra d. ar. 29. nu. 5. quod tenet Ferretus concludimus supra, secus in fundatio. laici in qua communis præd. sententia tenenda est. *

19 Neque obstat obiectio ex parte Ioannis facta, scilicet, quòd episcopus cum consensu patroni potest dispensare pro vna vice cum præsentato mutando, & alterando qualitates à testatore requisitas, & sic, quòd licèt per testatorem requiratur, quòd præsentandus sit sacerdos nihilominus possit præsentari non sacerdos, eidemq; conferri capellania per dispensationem episcopi cũ consensu patroni, vt tradunt Abb. Hostiens. Felin. & alij in ca. cum accessissent. de constit. Dec. consi. 121. numero 3. Petrus Abiaxio. vbi supra. nume. 4. vel quod saltem per consensum hæredis patroni fieri etiam possit secundum Abbat. & Feli. vbi supra, quia respond. quod licet hoc esset verum de iure (quod tamen diffiteor) tum quia nec ipse Papa de ordinaria. potestate potest alterare voluntaté testatoris, prout est text. in Clem. quia contingit. de religio. dom. per quem ita tenet Bal. in l. si testamentum, C. de testamentis. quod adeo verum esse dicit Additio decis. Capell. Tolos. decis. 26. quòd nec hoc casu de consensu hæredis fieri poterit, nisi ipse Papa faceret de plenitudine potestatis: quod etiam tenet Guid. Papæ, decis. 556. Ergo multo minus id poterit facere episcopus: tum etiam, quia vbicunq; est certa dispositio testatoris respectu causæ vel personæ vel loci, non potest per episcopum alterari, l. siquis ad declinandam, §. sin autem in personam certam, C. de episcopis & clericis, vbi refert Iacob. Butric. dicentem ita fuisse iudicatum, licèt quidam dixerint contrarium, sequitur etiam Guido Papæ vbi supra, vet. tu dic contra. Dato tamen, quòd in proposito episcopus posset dispensare cum consensu patroni, magna & vrgens causa adesse deberet, & talis, quòd aliter voluntas testatoris adimpleri minime posset, prout ipsemet Abb & Feli. vbi supra, clare volunt & insinuant, cum prosequendo Abbatis finale membrum distinctionis, scilicet cum subest causa diminuendi beneficium, retento illo themate, infert supradictam doctrinam, quæ secundum præcedentia, ex quibus deriuatur, intelligi debet. Et in terminis quòd aliter fieri non possit per episcopum, etiam de consensu patroni, vel ipsius hæredis postquam capellania iam est perfecta, tenet melius cæteris, & latissimè, pluribus probans Roch. de Cur. de iur. patro. verbo, pro eo quod, num. 32. & 35. vbi existimat Abbatem vbi supra, male loquutum fuisse, quia nullo iure fundatur, & quòd Felin. non probet decisionem suam aliquo iure, refert idem Bertach. in tracta. de episcopis, 4. p. prin. nu. 71. ver. trigesimoptimo quæro, vol. 2. tractatuum diuers. dict. fol. 179.

20 Sicut & cum vnio fieri debet alicuius capellæ, fieri etiam de consensu patroni non potest per episcopum nisi causa sufficiẽs adsit, secund. Cæcialup. in tract. de vnionib. ar. 6. in princi. imo & tali casu causa probanda est secund. Oldrad. consilio 26. incipien. quòd vni. & consi. sequenti, & Cardi. consi. 96. incip. Papa vniuit. & Ripa responso 19. incipit, & vnionis. & quomodo tunc sit probanda causa tradit idem Oldradus, consil. 296. & Alex. consi. 70. vol. 3. col. 1. & consil. 101. volu. 6. & Decius consil. 233. incip. viso tenore, colu. 2. Imo si tali casu hæc vnio fiat à Papa debet fieri solennitas inquisitionis causæ, aliàs facilè reijcitur secundum Rebuff. referentem supradicta in praxi benef. tit. de vnionib. gl. 9. num. 7. quo casu, & in nostro citandi sunt illi, quorum interest secundum Bertach. vbi supra Quod si vnio fieri non potest, nisi seruatis supradictis, per quam volũtas testatoris non mutatur.

nec

nec alteratur saltim in totum, multo minus fieri poterit prædicta dispensatio in nostro casu, cum mutetur & alteretur voluntas testatoris, nisi legitima & euidens causa adsit. Episcopus enim testamenti suffragator non impugnator esse debet: quia, vt dicit Apostolus, cum confirmatum est testamentum nemo superaddit nec mutat, nec deberet mutare episcopus, nisi in casu necessitatis. Pro quo adest etiam tex. Sacri Conc. Tri. sess. 22. decret. 6. de refor. vbi cauetur quòd commutatio vltimæ voluntatis, non nisi ex iusta & necessaria causa fieri debet, & prius quam exequatur episcopus, tanquam delegatus Sedis Apostolicæ, summariè & extraiudicialiter debet cognoscere, nihil in precibus tacita veritate, vel suggesta falsitate fuisse narratum.

21 Vnde si testator capellam ædificari certo loco mandauit, si fieri potest, non debet locus mutari secundum Bald. in l. 1. nu. penult. C. de iis, quæ pœnæ nom. legitima enim voluntas testatoris secund. eundem ibi. nume. fi. non pertinet ad arbitrium alicuius: ita quod locus non mutetur nisi aliter voluntas testatoris adimpleri non possit, & ita inquit Bald. fuisse consultum per collegium Bononiense tam decretistarum, quàm legistarum. Cui consultationi est standum in dubio secund. Rip. respons. 50. nu. 11. Adeò, quod si episcopus non vult concedere locum designatum, vt hæres ædificet capellam non tenetur alibi hæres ædificare, text. vbi Angel. in l. si is cuius, ff. de fideicommiss. libert. de quo est videndus Federicus de Senis consi. 136. Et si talis locus per testatorem assignatus per ipsummet alienetur, adhuc eo mortuo, si fieri potest, debet ibi construi capella, si verò fieri non potest, cum autoritate episcopi, citatis, quorum interest alibi fieri debet, secundum Bart. consi. 36. incipit. In nomine Domini Amen. testator in testamento, vbi additio alios allegat idem tenentes. Ecce ergo, quomodo ad hoc vt episcopus dispensare possit, causa sufficiens requiritur, & quòd aliter voluntas testatoris adimpleri non valeat. Etenim dispensatio propter publicam vtilitatem solum concedi debet, aliàs erit dissipatio secundum Roch. de Curt. in c. fi. sect. 2. nu. 5. de consuet.

22 Pro quo etiá facit quia episcopus † regulariter sine causa dispensare non potest, secund. Fel. in cap. at si clerici, §. de adulteriis, nu. 10. de iudic. Dispensatio etenim cum ab inferiore à principe fieri debet, causæ cognitionem requirit: in nostro verò casu nulla causa adest, nec adesse potest, vt per episcopum dispensetur, etiam consentiente patrono, vt capellania hæc conferatur præd. Ioanni & non Didaco: quia cum voluntas testatoris requirentis sacerdotem possit adimpleri conferendo d. Didaco sacerdoti, non adimpleretur si conferretur d. Ioanni, qui tantum est clericus primæ tonsuræ: quomodo ergo dicendũ est in hoc casu quòd episcopus possit dispensare etiam cum consensu patroni?

23 Præcipuè quia † opinio doctorũ in d. c. cum accessissent, supra dicta limitatur quando conditiones & qualitates appositæ in fundatione essent vtiles ecclesiæ: quia tunc tolli non possunt per episcopum etiam consentiente patrono sine causa, vt bene tradit Roch. de Curt. de iure patro. vbi supra, num. 30. sed supradicta conditio, & qualitas, quòd præsentandus sit sacerdos, est vtilis capellaniæ, igitur, &c.

Præsertim, quia etiam si episcopus sine causa dispensare posset, prout non potest, adhuc in hac lite minimè posset, quia ipse non potest præiudicare iuri alicui tertio acquisito: hoc enim solum Papæ reseruatur maximè in beneficialibus in quibus habet plenam & liberam dispositionem, cap. 2. de præb. in 6. Clem. 1. in fine, vt lit. non contest. & adhuc id facere non solet, immò non vult, vt in regula cancellar. apostol. de iure quæsito non tollendo.

24 Sed per oppositionem huic capellaniæ factam per dictum Didac. censetur ei ius acquisitũ: prout in his terminis expressè tenet Gomezius in regul. de iur. quæsit. non tollend. 1. quæst. versi. & quod dictum est de acceptatione, fo. mihi 59. in paruis, quanuis contrarium conetur probare Cassiodo. decis. 18. de præbend. per totam. ergo huic iuri quæsito episcopus præiudicare non potest.

25 Sicut lite pendente super aliquo beneficio, etsi vnus colitigans petat illud beneficium litigiosum vniri alteri beneficio suo, talis vnio fieri nõ potest: quia est in præiudicium colitigantium secund. Rebuff. d. tit. de vnionib. nu. 18.

26 Item etiam quia episcopus dispensare non potest nisi in casibus à iure expressis secund. Fel. in d. §. de adulteriis. num. 10. vbi testatur hanc esse communem opinionem. Iste tamen casus nõ est de expressis, imò potius contrarium est decisum per text. in d. Clem. quia contingit de relig. domib. ergo episcopus dispensare non potest, præcipuè quia Dec. d. consi. 121. loquitur præsertim in casu, in quo non multum aduersatur voluntatis testatoris, vt ex ipso constat. Item etiã, quia supradicta doctrina Abbatis. & Fel. in nostro casu verificari non potest saltem sine causa. Ipsi enim loquũtur, quotiescunque adest consensus veri patroni, scilicet, fundantis, & constituentis capellaniam, hoc enim vult dicere, verbum, Patronus, secundum doct. maximè Abb. in Rubr. de iure patro. & in l. 1. tit. 15. p. 1.

27 Nam patronus ideò dicitur, quia sicut pater ducit filium de non esse ad esse: ita patronus ducit Ecclesiã, de non esse ad esse, vt tenent omnes in d. Rub. de iure pat. Lamber. in eodem tract. ar. 2. 1. q. 1. p. li. 1. nu. 9. fo. 5. vbi num. sequent. probat idem esse in patrono dotante quia ecclesia non potest construi, sine dote data, cap. nemo. de consec. d. 1. quem dicit esse tex. rotundum ad hoc Cæsar, vbi supra. Et ita aliqui ex ipsis doctorib. tenentibus supradictam doctrinam loquuntur per verbum Fundatoris, prout loquitur Decius in d. ca. cum accessissent. num. 11.

&

decreti si rectè legantur & intelligantur.

28 Quod non mirum est, cum ipse construxerit, & dotauerit capellaniam authoritate episcopi institutam vt possit episcopus, cum consensu ipsius fundatoris, & veri patroni alterare qualitates per ipsum primum requisitas in ipsa fundatione, cum sua voluntas vsque ad mortem sit deambulatoria. Et in terminis ita tenet dicens omnes concurrere cum dicta opinione Abbatis, & caeterorum ita intellecta in vero patrono fundatore, qui ex sua conditione in primaeua fundatione apposita fecit beneficium sacerdotale, & quod in hoc nulla est dubitatio Caesar Lāber. de iur. pat. 1. p. 2. lib. 7. ar. 30. nu. 9. fol. 80. & sequen. & idem 3. p. 2. lib. 4. art. 5. q. princ. num. 10. fo. 236. ad fin. vbi loquitur in fundatore, vel ipsius haeredibus. Et in dict. 1. loco resoluit, haeredes fundatoris, & sic patronos consentire non posse, nec cum ipsorum consensu episcopum posse dispensare in supradicta qualitate, nisi adsit causa. Sed fundator, primus huius capellaniae pluribus annis retrolapsis, decessit: quomodo igitur poterit assertus nunc patronus consentire? nec suus consensus aliquid operabitur in alterationem & mutationem voluntatis testatoris atque etiam in praeiudicium iuris tertij per oppositionem acquisiti. In quo nec modus, nec forma per testatore requisita per ipsummet poterit remitti in fauorē alterius, postquam irreuocabiliter est fundata capellania, sicut videmus in contractibus argu. doctrinae Bart. in l. qui Romę. §. Flauius. ff. de verb. oblig. de qua latè vltra ordinarios, ibi per Didac. Perez super li. 3. Ord. col. 1048. in fin. & Cou. lib. 4. Var. c. 14. nu. 7. cum plurib. sequent. & valeat argumentum de contractibus ad vltimas voluntates, & econtra, vt sunt iura vulgaria. Sed per oppositionem ad hanc cappelaniam vacantem acquisitum fuit ius praed. Didaco consanguineo fundatoris atque sacerdoti, ergo in praeiudicium istius iuris acquisiti non potest episcopus etiā cum consensu patroni, quantò minus improprij (vt ita dicam) patroni, alterare formam, & conditionem per ipsum fundatorem requisitam, vt, scilicet, praesentandus sit sacerdos, vt dicere possit missas, & non sacerdoti conferre. Nec est sumendum argumentum à contrario sensu prout sumunt Abb. & Felin. in dict. cap. cum accessissent, in supradicta sua doctrina quotiescunque resultaret absonus intellectus contra ius, vel testatoris voluntatem, & in correctionem d. Clem. quia cōtingit. prout latè fundat Euerard. in loco per argumētum à contrario sensu, sicut in proposito contingeret. Et ita cōtra doctrinam Abb. & Felin. tenet Dec. in dict. cap. cum accessissent. num. 11. allegans alios.

29 Item voluntas testatoris mandatum dicitur

30 secund. Cardina. in d. Clem. quia contingit. Sed factum vltra fines mandati est nullius momenti, vt in l. diligenter. ff. manda. adeò, vt nec etiam in melius per mandatarium reformari possit, vt argum. l. 3. §. in bello. ff. de re milit. tenet Barbat. in c. prudentiam col. 8. de offi. deleg. quē & alios refert, & sequitur Auiles in c. 1. praetor. in glo. mandado, nu. 7. & 8. fol. 24.

Praeterea, quod huiusmodi improprius patronus non possit alterare formā traditam à fundatore probatur, quia vt suprà dictum est, si patronus non bene praesentet, ipsius nominatio siue praesentatio pro nulla habetur, & episcopus idoneum secundum voluntatem defuncti instituit, quod proprius probatur.

31 Quia quando superior aliquem instituit iure deuoluto ob negligentiam patroni, debet idoneum instituere, secundum voluntatem fundatoris eam seruando & non dispensando contra eam: ita tenet plures referens Caesar Lamb. de iur. patr. in 7. q. prin. tertiae partis, ar. 12. lib. 3. fol. 366. in antiquis. vbi loquitur in qualitate sacerdotij requisita à fundatore, dicens quòd episcopus hoc casu non possit dispensare, & cōferre non sacerdoti, nisi necessitas ecclesiae aliud suaderet, tetigit idem ipse in 30. artic. 7. q. princi. 1. p. lib. 2. fol. 232. num. 4. Ergo ita eodem modo patronus, qui ex voluntate fundatoris praesentare habet debet eam seruare, non vero alterare, ipsique contrauenire.

32 Nec obstat illud, quòd Abb. & Felin. asseuerant de haerede, scilicet, quòd haeres & successor veri patroni poterit praestare d. cōsensum, vt episcopus dispensando possit pro hac vice alterare voluntatem testatoris, vt non presbytero conferatur, sicut ipse fundator, cuius personam repraesentat, hoc potest ex supradictis: quia hoc de herede nullo modo verum est prout late probat Rochus de Curt. de iure patro. supra allegatus, nu. 22. & Dec. in d. c. cum accessissent, & Additio. Capell. Tolos. decis. 26. Et dato, quòd verum esset, iste patronus improprius non est fundatoris & veri patroni haeres, quia non successit in ipsius bonis, nec ea habuit: nam vt ex fundatione constat, dotauit ex eis hanc capellaniam, quia heres patroni dicitur ille, qui succedit in alijs bonis defuncti, vltra ius patronatus, iuxta l. 8. titu. 15. par. 1. si verò non successit in alijs bonis, sed tantum est relictum ius patronatus alicui, dicitur patronus, por donadio, non vero, por herencia, vt in dict. l. expressè disponitur. Quòd si adhuc iste patronus assertus fuisset haeres fundatoris, non posset venire contra factum sui defuncti, vt in l. ex qua persona, ff. de regu. iur. maximè in praeiudicium iuris alteri quaesiti. Ex quibus omnibus euidenter concluditur, nominationem factam de d. Ioanne esse nullam, vtpote contra volūtatem testatoris factam, & quòd episcopus eam alterare non potest, etiam cum consensu patroni improprij, nisi nūcupati, sine causa quae foret legitima si alias voluntas testatoris adimpleri non posset, interueniente super hoc causae cognitione cum citatione eorum, quorum interest, vt videntur praesupponere Abb. & Fel. in supradict. sua doctrina. Sed in praesenti volun-

tas

tas testatoris adimpleri potest conferendo dictam capellaniam dict. Didaco absque dispensatione, quia est sacerdos, & per lineam legitimam descendens, consanguineus fundatoris, atque idoneus, ergo. &c.

33 Et† vltra supradicta, quod ad hoc, vt procedat doctrina Abb. & Felin. vbi supra, requiratur aliqua causa, latè & optimè probat Cæsar Lambert. vbi supra dict. artic. 30. per totum præcipuè nu. 15. & seq. vbi in fi. dict. nu. 15. dicit quod ita saluaret opinionem suprad. Abb. quæ videtur communis & obseruatur in practica, à qua ipse non discederet, nec in iudicando, nec in consulendo; præsertim propter maximam authoritatem domini Abbatis lucernæ iuris canonici, Fel. Corseri, & aliorũ, & ibi nu. 16. & sequen. limitat quando fundator dixit: nolo præsentari nisi sacerdotem, vel, volo omnino sacerdotem præsentari: quia tunc nec pro vna vice poterit dispensare episcopus, etiam cum cõsensu hæredis patroni veri, sed tantum hoc potest quando simpliciter testator iussisset præsentandum esse sacerdotem, & concurrente tunc aliqua causa, puta præsentandum esse de familia ipsius hæredis, cui ipse velit potius benefacere, quam alteri; in reliquis tamẽ existente idoneo, vel etiam, quia est de genere fundatoris, cum quo facilius est dispensandum: vel quia licèt non sit sacerdos, est persona multum docta & morigerata, & sic vtilis ipsi ecclesiæ, argumento ca. de multa. de præbend. & eorum quæ dicit Abb. in capit. dudum. in 4. notab. de elect. secundum Corset. quem refert, quod etiam ibi intelligit concurrente voto omnium patronorum vnanimi: nec sufficit maior pars consentientium, si aliquis contradicat: item & quod præsentandus vltra primam tonsuram sit constitutus saltem in quatuor minoribus ordinibus iuxta dispositionem capit. 2. de instit. lib. 6. Sed quamuis hæc omnia tradita à Cæsare Lambert. vbi suprà essent vera (dubito tamen de exemplis causæ dispensationis, suprà relatis, ne dicam ea omnino falsa per dicta in superioribus) nulla tamen causa militat in præsenti, quamobrem possit, nec debeat dispensari pro hac vice cum qualitate sacerdotij requisita à fundatore, vt prouideatur capellania hæc dict. Ioanni, & denegetur dict. Didaco, cum ambo sint æquè consanguinei fundatoris, immò dictus Didacus legitimus & sacerdos, dictus verò Ioannes minimè, nec doctus, nec literatus. Et tunc demum fundator præcipit præferendum esse proprium ipsius consanguineum remotiori, quando propinquior sit idoneus (hoc est) si fuerit idoneus, prout significant verba illa fundationis, *fiendo idoneo*, quæ important conditionẽ. Sed in nostro casu præd. Ioannes non est proximior, sed æquali gradu cum dicto Didaco, & non est idoneus, quia non habet sacerdotium requisitum, imo nec legitimus: ergo etiam secluso omni iure, secundum expressam voluntatem fundatoris, quæ est lex, præferendus est omnino d. Didacus sacerdos præ dict. Ioanni, qui nondum est in sacris ordinibus constitutus. Omitto nunc aliam limitationem, quam Cæsar in dict. artic. 30. per totum tenet, scilicet quòd ex causa necessaria, vel maximæ vtilitatis solus episcopus etiam inuito patrono posit dispensare in hoc, quia non adest hæc necessitas, nec vtilitas in proposito.

34 Non† obstat etiam quod aduersæ partes in sui fauorem allegant, scilicet, quòd huiusmodi capellaniæ de cõsuetudine vniuersali soleant seruiri per substitutum & prouideri etiam non sacerdotibus: quia quantum ad primum quod possint seruiri per substitutum, iuxta gl. ca. cum omnes. de constit. cum similib. etiam si ex dispositione testatoris sit conferenda ecclesia vni, qui ibi quotidie celebret iuxta allegationem 36. Lapi. nu. 2. relatam per Felin. in dict. c. cum omnes, nu. 32. ad fi. quod tenet idem Lapus allegatione 16. col. 4. ipsius, & allegatione 117. nume. 20. cum Ioan. Cald. quem refert, in capit. super inordinata de præbend. Respondeo quòd nos non agimus in præsenti de hac quæst. an possit seruiri capellania hæc per substitutum necne, sed an debeat prouideri necne sacerdoti, iuxta defuncti voluntatem, quæ diuersa sunt. Et in nostro casu non dubium est quin seruanda sit voluntas fundatoris vt prouideri debeat capellania sacerdoti: præcipuè cum Felin. vbi supra, & si quis alius sit qui illam Lapi allegationem supradicto modo intelligat manifestè falsi sint, cum Lapus, vbi supra expresse velit contrarium dicere, etiam in quæstione dict. glo. scilicet, an possit seruiri per vicarium ecclesia. Nam post quam dixit, quod vbi non exigitur a iure personalis residentia potest seruiri per vicarium, subijcit, nisi beneficium non curatum requirat sacerdotem ex priuilegio, vel statuto, sicut in nostro casu testator statuit, vt ipse capellanus celebret missas: & posteà ad comprobationem eius, quod prius dixerat, scilicet, quod vbi non requiritur de iure personalis residentia potest seruiri per substitutum, allegat glos. dict. cap. cum omnes. & alias similes tenentes, quod possit quis beneficia simplicia seruire per vicariũ si consuetudo hoc habeat. Itaq; ipse ibi non limitat, quod supra proximè dixerat de beneficijs requirentibus sacerdotem ex priuilegio, vel statuto, sed declarat quod prius posuerat de potestate seruiendi per vicarium, vbi non requiritur à iure personalis residentia. Nam ita demum potest seruiri per vicarium, si consuetudo hoc habeat, & hoc est quod dict. gl. d. c. cum omnes, & similes voluerunt: quæ limitantur per Lapum vbi supra, nisi beneficium requirat sacerdotem ex priuilegio vel statuto, quia tunc personalis residentia iure requiritur: & sic allegatio illa Lapi nobis propitiatur.

Quantum ad secundum de consuetudine in contrarium allegata, vt prædict. capellaniæ prouideantur etiam non sacerdotibus, respondeo, quòd testes deponentes de ea non dicunt se vi-

difse

disse clausulas capellaniarum, quas dicunt prouisas fuisse non sacerdotibus ad hoc, vt possint rectè testificari, an ipsæ requirant sacerdotium, sicut nostra. Itaque probatio non cócludit, nam debebat articulari & probari, quòd capellaniæ requirentes sacerdotem ex sua fundatione soleant prouideri etiam non sacerdotibus, idque consuetudine legitime præscripta esse introductum. Hoc autem nó est deductum in processu: igitur nihil impedit prædict. generalis, & vaga probatio: præcipuè cum testes in ea deponentes sint laici & parum intelligentes. Clerici autem & aliæ personæ quæ possent prædicta intelligere, dicunt se minimè vidisse clausulas fundationum : ac proinde se nescire an habeant, vel requirant hanc qualitatem sacerdotij. Et sic rectè iure cóstitutum est iudicem magis scire posse quanta fides sit testibus adhibenda, &c. nam consideratis & bene perspectis hinc inde rebus optimè arbitrabitur, non esse dandam fidem his testibus, per supradicta.

35 Prætereà hæc † cósuetudo, etiam si vera essent dicta testium de ipsa deponentium, est erronea, & contra ius: & non quod errore, neque quod fit, sed quod fieri debet attendendum est, vt in l. nemo, C. de sententijs & interloq. omn. iudic. & in l. sed licet, ff. de officio præsid. & in l. pen. ff. de iust. & iur. & in cap. cum causam, quæ inter bonum presbyterum de electione. & ibi gl. & est optimus text. in l. quod non ratione. ff. de legib. cuius verba sunt hæc.

Quod non ratione introductum est, sed errore primùm, deinde consuetudine obtentum, in alijs similibus non obtinet. Qua igitur ratione introductum esse potest, vt ca pellania prouidea tur non sacerdoti contra voluntatem testatoris volentis prouideri sacerdoti, dum dicit, quòd capellanus celebret missas, & sit idoneus? Imò est contra ius. Et licèt aliquando ita errore introductum sit, & consuetudine obtentum in aliqua capellania, id fieri non debet in alijs similibus, nec in hac capellania, de qua agimus, quæ núquam fuit prouisa alteri quam sacerdoti. Nam primus, & vltimus possessor ipsius fuit patruus quidam d. Didaci, idemque sacerdos, vt constat ex processu. Præcipuè cum multa per patientiam tolerentur, quæ si deducta fuissent in iudicio, exigente iustitia, non deberent tolerari, vt in ea. cum iam dudum, de præbend. Maximè cum alij qui ex testibus d. Didaci dicant, & deponant, ꝙ in his casibus semper vident seruari voluntatem fundatorum. Et sic concurrit, & concordat hæc probatio cum iure communi: vnde præferenda est contrariæ, quæ est contra ius.

Prætereà clarè cóstat, & probatur, ꝙ testes deponétes de d. cósuetudine aberrarunt: ná in fundatione earú capellaniarú, quas dicút se vidisse prouideri non sacerdotibus, étsi ex fundatione id requireretur, non adest talis clausula, quod prouideatur sacerdotibus, vel quòd capellanus celebret missas, sicut dicitur in fundatione huius capellania, vt constat ex fundationibus illarum in processu productis: ergò manifestè conuincuntur de mendacio dicti testes, & inaduertenter se proiecerunt ad affirmandum quod nó legerant, nec viderant, ideoque eorum dicta sunt nulla & non faciunt fidem. Præcipuè cum etiam si vera essent, non nobis obessent, quia ipsi deponunt generaliter, non verò quando adest sacerdos æquè propinquus fundatoris sicut non sacerdos, cui prouideri possit, sicut in nostro casu adest. Vnde meritò sacerdos debet præferri non sacerdotibus. Et ad hunc casum non esset extendenda d. consuetudo: Et ità deberet intelligi, & interpretati, si aliqua esset, cum per hunc intellectum & interpretationem reducamur ad ius commune, & ad voluntatem testatoris seruandam, & cuitetur correctio, Nam cum huiusmodi consuetudo nó reperiatur probata hoc cáſu, scilicet, quando est sacerdos oppositor æquè consanguineus fundatoris cui possit prouideri beneficium de quo contenditur, meritò quod tanquam casus omissus remaneat sub dispositione iuris communis.

36 Quia † quotiescúque consuetudo est contra ius, non extenditur ad alium casum, quam eum, de quo loquitur consuetudo, cum sit stricti iuris, vt probatur in d. l. quod non ratione, & tradit latissimè Rochus de Curt. in repet. c. fi. de consuet. sect. 4. nu. 1. & seq. præcipuè num. 7. vbi relatis pluris doctoribus qui hanc opinionem tenent, testatur, eam esse communem. Confirmatur etiam, quia licèt dict. consuetudo posset, & deberet extendi, non tamen extendenda esset in præiudicium iuris alterius, vt plures referens tenet Rochus de Curt. vbi suprà, num. 4. Sed d. Didaco tanquam consanguineo fundatoris, & sacerdoti est ius quæsitum ad hanc capellaniam per clausulam fundationis eiusdem, & per ipsius erectionem. Igitur d. consuetudo non est extendenda in præiudicium d. Didaci: præcipuè cum sit testis productus per d. Didac. hoc ipsum (scilicet, vt quando est sacerdos, præferatur non sacerdoti) dicens seruari & practicari in hac diœcesi & in alijs.

Pro quo etiam facit, quia per generalem dispositionem, vel prouisionem non derogatur speciali anteriori, vt tenet glo. in l. 3. C. de silent. lib. 12. gl. 1. communiter vbique celebrata, & approbata per Doct. Ergo per consuetudinem, quá pars aduersa intendit probare, etiam si vera esset & valeret, cum sit generalis non derogatur dispensationi speciali, scilicet, vt sacerdos præferatur non sacerdoti.

Prætereà facit glo. solennis in c. statum, verb. numerandum. ibi, item per hanc reditur ad ius 37 commune, de præben. in 6. vbi † quado per aliquem intellectum reducimur ad ius commune antiquum, debet fieri extensio, vt res de facili ad suam naturam redeat. Quam gl. in hoc solennem dicit Iaſ. in l. 1. in princ. nu. 53. ff. de officio eius, cui mandat. est iurisdictio. & reputat eam meliorem iuris idem Iaſ. in l. si vnus, §. pactus ne peteret,

teret, nu. 6. ff. de pact. & ibi alios allegās sequitur Ioan. Orosc. num. 76. idem Iaſ. in l. ſi conſtante, nu. 173. ff. ſolu. matr. & iterum, num. 230. & ibi Ripa, nu. 61. Ant. Gomez 1. tom. c. 5. nu. 11. col. 2. illius nu. ad fi. ſequuntur plures relati per Couar. lib. 3. Var. reſol. c. 6. nu. 4. Tiraquel. de primogen. q. 24. num. 6. Ergo cum per hanc interpretationem reducamur ad ius commune, & ad voluntatem teſtatoris ſeruandam, admittenda eſt tanquam fauorabilis per ſupradicta.

Nec obſtat allegatio facta per aduocatos contrarios nempe teſtatorem cenſeri diſponere ſecundum conſuetudinem, vt per Doctores in capitulo cum M. maximè Fel. ibi, nu. 6. de conſtit.

38 Quia † hoc procedere poſſet quādo voluntas teſtatoris eſſet dubia, ſecus verò quando eſt certa; quia tunc voluntas teſtatoris ſeruanda eſt omnino, cū ēt propriæ ſignificationi vocabuli præferatur: ita intelligit Feli. vbi ſuprà, & Decius per text. ibi, in l. ſemper in ſtipulationibus, ff. de reg. iur. & Euerard. in cent. legal. in loco, ab vſitatis pag. fin. & Bellonus conſil. 1.

39 Quia † conſuetudo ſolū in caſu dubio diſponit ſecundum Matthæum de Afflict. deciſ. Neapol. 173. num. 3. & deciſ. 192. num. 4.

40 Item, quia cū † cenſeatur per teſtatorem electa induſtria certæ perſonæ, non valet conſuetudo, quòd per ſubſtitutum poſſit ſeruiri, ſecundum Rip. in dict. cap. cum M. n. 4. de conſtit. Et hæc ſufficiant pro excludenda d. conſuetudine etiamſi probata fuiſſet, quòd minimè eſt: quia nullus teſtis eſt qui dicat eſſe conſuetudinem, vt ſtante ſacerdote poſſit non ſacerdoti prouideri capellania: imò probatum eſt cōtrariū in ſpecie.

Non obſtat etiam quòd dicti Petrus & Ioannes ſint præſentati per aſſertum patronum ad hanc capellaniam: quia eorum præſentatio eſt nulla, quandoquidem, ipſe patronus non præſentauit idoneum, (hoc eſt) ſacerdotem, vt in ca. ſignificauit de iure patro. & non idoneum præſentatum epiſcopus poteſt & debet repellere & ideoneum prouidere ex propinquis fundatoris iuxta defuncti voluntatem, vt probat tex. ſacri concilij Triden. ſeſſ. 25. cap. 9. de reformatione in verſi. adhæc liceat epiſcopo.

41 Imò † patronus præſentās ſcienter Indignum priuatur pro ea vice poteſtate præſentādi, vt late cōcludit Rochus de Curt. in tract. de iure patr. verb. honorificū, n. 16. & 17. vbi dicit quòd ſi patronus præſentet puerum vel alium patientem defectum ætatis ad capellaniam habentem ordinem ſacerdotij annexum, priuatur pro ea vice facultate præſentādi: & inſuper addit. nu. 17. qđ præſentans præſumitur ſcire conditionem præſentati. Ergo cum dictus patronus nominauerit ad hanc capellaniam habentem ordinem ſacerdotij annexum, eos, quos ſciebat non eſſe ſacerdotes vt eſt notorium, & ſic non idoneos, ipſius nominationes & præſentationes ſunt nullæ, & priuatus remanſit pro hac vice facultate præſentandi, etiam ſi eſſet verus patronus, & dicta capellania debet prouideri conſanguineo fundatoris idoneo, hoc eſt d. Didaco. Nō obſtat etiā quod dict. Petrus ſit vno gradu propinquior fundatori, quàm Didacus: nam reſpōd quòd teſtator ità demum dixit præferri proximiorem ſi idoneus eſſet, & ſic important conditionem illa verba, *Siendo idoneo.* Vnde cum dict. Petrus non ſit idoneus, quia non poteſt dicere miſſas, meritò quòd eius non ſit habenda ratio, & ſit admittendus dictus Didacus, qui eſt ſatis propinquus: nam teſtator in illis verbis ſenſit de conſanguineis ſacerdotibus, cum alij non ſint idonei, quia non poſſunt celebrare.

42 Vlterius † contra dict. Petrum adeſt text. expreſſus ſacri concilij Trid. ſeſſ. 24. cap. 17. de reformatione, vbi cauetur in quibuſcunque perſonis, quocunque titulo, etiamſi cardinalatus honore fulgeant, vt in poſterum vnum tantum beneficiū eccleſiaſticū ſingulis cōferatur. Quod quidem ſi ad vitam eius, cui confertur honeſte ſuſtentandam non ſufficit, licitum eſt ei aliud beneficium ſimplex, dummodo vtrunque perſonalem reſidentiam non requirat conferri: quod ibi extenditur, vt pertineat non ſolum ad cathedrales eccleſias, ſed etiam ad alia omnia beneficia tam ſecularia quam regularia, & commendata cuiuſcunque rituli & qualitatis exiſtant. Sed ſic eſt quòd dict. Petrus habet & poſſidet dignitatem magnam, & opulentam in eccleſia cathedrali, cuius redditus & prouentus ſufficiunt ad ſuam vitam honeſtè ſuſtentandam, vt eſt probatū; igitur nullo modo poteſt nec debet admitti ad hanc capellaniam nec ei conferri: præcipuè cum dict. dignitas requirat reſidentiam perſonalem in dict. eccleſia, prout reſidet, & cauetur in ſacro conc. Tri. ſeſ. 23. c. 1. de reform. & ſeſ. 24. c. 12. Et hæc capellania de qua agimus etiam requirit reſidentiam, quandoquidem ipſius capellanus debet celebrare miſſas, vt ſuptadictum & probatū eſt: igitur nullo modo poteſt vtrunque ſimul obtineri, dignitas, ſcilicet, & capellania etiā ſi præd. dignitas non ſufficeret ad congruam ſuſtentationem, cum vtrumque requirat perſonalem reſidentiam, vt in priori decreto ſacri concilij Trid. ſcilicet 17. ſeſſ. 24. cauetur. Ex quibus infertur, q; etiamſi præd. Petrus eſſet ſacerdos, vel eſſet probata dict. conſuetudo, q; vtrū que & vnūquodque deficit, adhuc non deberet, nec poſſet ei cōferri, dict. capellania, propter in compatibilitatē reſidentiæ vtriuſque beneficij.

43 Item alio ex c. excluditur etiam dict. Petrus quia cum fundator, ità demū iubeat præferri propinquiorem ipſius ſcilicet, Seiendo idoneo, & idoneus in iure alio ſenſu dicitur ille, qui non habet aliud beneficium, quia qui illud habet, non eſt idoneus ad aliud obtinendum, vt in c. is, cui, de præben. in 6. & in dubio teſtator videatur ſe cōformare cum iure communi vt probat tex. & ibi notant Doct. in l. hæredes mei, ff. ad Trebell. conſtat ex voluntate fundatoris voluiſſe excludere d. Petrum à petitione, & prouiſio-

ne huius capellaniæ, etiam hac alia ratione: quia prædict. dignitatem habeat, cum sit beneficium satis pingue, & ob eam rem non sit idoneus ex iuris dispositione ad suam capellaniam obtinendam.

Superest nunc, vt descendamus ad exclusionẽ alterius oppositoris, scilicet, Francisci, qui est sacerdos, & vt ipse prętendit consanguineus fundatoris. Cui respondeo, nihil probasse: nam sua probatio est summaria facta sine parte, & testes non fuerunt reproducti in hoc iudicio; & ita est nulla,
44 † quia facta sine citatione partis, vt in ca. 2. de testib. & ibi latè tradunt Doct. & in l. si quando, C. eodem tit. quibus consonat l. 23. tit. 16. p. 3. adeò, vt neque nullum indicium faciat, vt tenet Felin. in d. cap. 2. nu. 3. & Ant. Gomez alios allegans 3. tom. c. 12. de probatione delict. nu. 20.

45 Imò † etiam si testes recepti in summario iudicio absq; partis citatione, sint iam mortui, adhuc nullam fidem faciunt, vt tenet singulariter Innoc. in c. cum in tua, de testib. vbi Abb. num. 4. testatur eius opinionem communẽ esse, & sequuntur omnes Doct. ibidem secundum Felin. in cap. præsentata, num. 14. eodem tit. Vnde cum hic oppositor non probauerit se esse consanguineum fundatoris minimè est admittendus, imò excludendus tanquam nõ probans fundamentum suæ intentionis.

Sed & alio ex c. excluditur Franciscus, scilicet, ex d. decret. 17. sess. 24. concilij Trident. eisdẽ modis considerato quibus fuit expensum contra dictum Petrum. Quia d. Franciscus obtinet aliud beneficium in ecclesia cathedrali requirens personalem residentiam, cuius fructus & prouentus sufficiunt ad congruam sustentationẽ ipsius Francisci, vt probatum existit in processu. Et præterea, hoc ipsum iste allegauit contra dictũ Petrum, & quod quis ponit in libello videtur confiteri, vt in l. cum precum, C. de liber. caus. & quod quisque iuris, &c.

At verò d. Didac. nullum habet beneficium ecclesiasticum: & sic omnibus modis dicitur, & est idoneus ad hanc capellaniam obtinendam: quia in eo concurrunt omnes qualitates debitæ & requisitæ, & absunt, quæ nocere possent. Cæteri prætensi oppositores sunt laici, vel saltim nõ sunt sacerdotes, nec probant consanguinitatem cum fundatore: ideo repellendi sunt, imò ipsi se repellunt. Restat igitur, vt, vel ipso iure exigente d. capellania sit necessario prouidenda d. Didaco, & non alij, & ita de iure respondi ego D. Ioannes Guterrius, & accesserunt meo iudicio alij viri graues atq; perdocti.

SVMMARIA.

1 *Testator fundans capellaniam vel ecclesiam potest apponere tempore fundationis, quacunque pacta & conditiones voluerit, & sunt seruanda.*

2 *Testator fundans capellaniam, potest eam facere sacerdotalem.*

3 *Testator potest apponere conditionem in fundatione capellaniæ, vel ecclesiæ, quòd ius patronatus nõ transeat nisi ad hæredes sanguinis, si hoc episcopus consentiat.*

4 *Præsentatio aliter facta de non habente prædict. qualitatem generis, parentelæ & consanguinitatis expressam in fundatione est inualida.*

5 *Habens tantum vnam qualitatem ex duobus a testatore requisitis non admittitur.*

6 *Duobus testantibus in eadem charta sunt duo testamenta.*

7 *Licentia a Principe concessa marito & vxori, ad faciendum maioricatum in vnum ex filijs, vterq; parentum poterit in filium, quem velit facere maioricatum.*

8 *Pluralitas resoluitur in plures singularitates quando non resultat absurdum: præsertim quando est relata ad plures, & in persona cuiuslibet suum distinctum & consummatum sortitur effectum.*

9 *Maritus & vxor, si simul faciant maioratum de suis bonis in eorum consanguineum proximiorem existentibus consanguineo ex parte mariti, & alio ex parte vxoris, quis eorum succedat in maioratu?*

10 *Obseruantia multum prodest ad declarationem cuiusque dispositionis.*

11 *Clerici de quorum bonis est fundata ecclesia, instituendi potius sunt in ea quàm alij.*

12 *Vnum tantum beneficium in posterum est singulis conferendum, &c.*

13 *Pauper idoneus præfertur diuiti in beneficio simplici curato quando ecclesia non eget pecunijs.*

14 *Patronus non potest alterare, nec commutare voluntatem testatoris.*

15 *Superior aliquem instituens iure deuoluto ob negligentiam patroni, debet instituere idoneum iuxta voluntatem testatoris.*

16 *Idoneus est præsentandus ad beneficium.*

17 *Ille dicitur idoneus ad beneficium, qui potest & vult deseruire in eo.*

18 *Verba l. vbicunque non conueniunt, nec ipsius dispositio locum habet.*

19 *Qualitas sacerdotij requisita debet interuenire tempore præsentationis, siue actus, siue promotionis, nec sufficit aptitudo.*

20 *Beneficium aliquod quoties conferri non potest ex lege fundationis, statuto, vel consuetudine, nisi habenti sacrum ordinem vel sacerdotium, non potest prouideri alteri quam illud habenti.*

21 *Prima tonsura requiritur ad minus ad quodlibet beneficium obtinendum.*

22 *Idoneus, dignus, dignior, & indignus quis dicatur ad capellaniam seu beneficium obtinendum?*

23 *Clericus diæcesanus siue oriundus ex Episcopatu vbi est beneficium, præfertur alienigenæ.*

24 *Idoneo de collegio vel loco stante, nullo modo potest præsentari forinsecus, seu alterius collegij vel loci: & collator debet præferre oriundum non oriundo.*

25 *Præsentatio redditur subreptitia & nulla, non facta mentione, quòd præsentatus sit forensis.*

26 *Inter plures æqualiter promotos in vno loco præfertur, qui merito, nobilitate aut sciẽtia alios antecellit.*

27 *Literatus data paritate in cæteris, præfertur indocto, nisi aliter ecclesiæ necessitas suaderet.*

28 *Sacerdotium posterius non præiudicat priori, cui aliquod ius erat quæsitum ex suo sacerdotio, etiamsi secundus haberet maiorem qualitatem.*

29 *Hoc fallit si primus non habeat qualitates requisitas,*

30 *Senior in dubio in beneficijs conferendis præferri debet,*

CONSILIVM SECVNDVM.



Vertitur lis inter Ioannem presbyterũ, ex vna, Antonium etiam presbyterũ ex altera, item & Antoniũ non presbyterum ex alia partibus inuicem litigantibus super capellania vacante, quam fundauit quædam Cæcilia. Et salua enrrectione melius sentiẽtis arbitror prædicto Ioanni de iure esse prouidendam, atq; conferendam præfatam capellaniam, cæteris postpositis,

1 Et † primò, quia præsupponi debet, quòd testator fundans capellaniam, vel ecclesiam potest apponere tempore fundationis quæcunque pacta, & conditiones voluerit, & sunt seruanda ex regula iuris vulgata in l. in traditionibus, ff. de pact. Roland. à Valle cons. 62. num. 14. vol. 1. * & in concessione feudi late Beccius consil. 58. num. 16. & 17. lib. 1. * & tradidi in terminis in consil. præcedenti, num. 1. & 2. Vbi iura & Doct. allegaui: ex quibus constat, quòd omnia contenta in clausula fundationis huius capellaniæ sunt ad vnguem obseruanda, scilicet, quòd capellanus teneatur dicere vel celebrare tot missas in singulis hebdomadis, item quòd capellanus sit consanguineus fundatoris, vt in clausula patet, pro quo adest text. expressus sacri concilij Trident. sess. 25. cap. 5. de reformat.

2 Quia † potest testator, qui fundat capellaniam facere eam sacerdotalem, vt ex dictis patet, & præterea probatur in c. significatum, de præben. & ibi Doct. & Cæsar Lambert in tract. de iure patro. 29. art. 7. q. princ. 1. par. 1. lib. num. fol. 79. in nouis, & ita pluries repetitur in iure facta mentio de beneficijs habentibus annexum sacerdotium ex fundatione testatoris, vt est gl. fi. maiuscula, in c. si eo tempore, de rescript. in 6. & glo. in Clemen. vt hi, qui, verb. annexi, de æta. & qualit. & alibi sæpissimè. Et à fundatione recedere non licet, vt in d. ca. significatum, & in Clem. quia contingit, de religios. domib.

3 Secundò, † ex supradictis infertur posse fundatorem apponere in fundatione, vt ius patronatus suæ ecclesiæ vel capellæ non transeat, nisi ad hæredes sanguinis, ita in terminis optimè probat & concludit Paulus Paris. cons. 48. num. 7. lib. 4. vbi hoc verissimum existimat quando huiusmodi dispositioni consensit episcopus, sicut in fundatione huius capellaniæ consensit, quandoquidem eam erexit iuxta fundatoris voluntatem, & hanc opinionem, alios allegans testatur à Doctoribus communiter receptam D. Didac. Perez in l. 1. tit. 6. lib. 1. Ordin. col. 247. vers. ex quibus infero. Ergo idem est in capellano, vt cum alijs affirmat Didac. Perez, vbi sup. vltra quem tenet etiam Fel. in tract. quando literas Apost. col. 2. Rochus de Cur. de iure patr. verb. honorificum, q. 18. nu. 1. Lambert. de iur. patr. 1. par. 2. lib. q. 5. art. 5. num. 8. & 11. fol. 226. & sequent.

4 Adeo, † vt aliter facta præsentatio de nõ habente præd. qualitatem generis, parentelæ seu consanguinitatis expressam in fundatione, est inualida, vt eum Cardin. cons. 48. incipit, quidam nobiles duo aut plures, & cum alijs resoluit D. Didac. Perez, vbi supra, vers. quod adeo procedit.

5 Qua † ratione si testator requirat duas qualitates in patrono, puta, quòd sit ex institutis hæredibus, descendens & hæres, qui tãtum vnam qualitatem habuerit non admittetur, nec admittendus est ad præd. ius patron. secundum Parisium d. cons. 48. nu. 9. 18. & 19. vol. 4.

Secundò & principaliter Iustitia dicti Ioannis ex eo vel maximè apparet, imò vera demonstratur quòd ipse optimè probauit esse consanguineum d. Cæciliæ fundatricis intra quartum gradum consanguinitatis, sacerdotem, habilem & sufficientẽ ad inseruiendum huic capellaniæ. Ipse verò Antonius presbyter non probauit saltem concludenter esse consanguineum Francisci mariti fundatricis, qui simul etiam fuit fundator, & quia testes ipsius deponunt de auditu, & plures sunt propinqui producentis eos & est obiectum in suas personas de hac repulsa, minimeq; articulauit esse consanguineum præd. Cæciliæ fundatricis, imò in rei veritate non habuit eum ea aliquam consanguinitatem, vt per d. Ioannem fuit probatum. Itaque deficit præd. Anton. presbytero vna ex præcipuis qualitatibus requisitis in capellano, scilicet, quòd sit de sanguine fundatricis, ac per consequens sua nominatio facta per patronum ad hãc capellaniam, est nulla, vel saltem inualida minimèq; admittenda per supradicta, etiam si optimè probasset consanguinitatem cum d. Francisco marito fundatricis simulq; cum ea fundante: quia vir & vxor in suo testamento quod simul condiderunt fundarunt duas capellanias ex bonis proprijs communibus singuliq; singulis proprios capellanos nominarunt, scilicet, vir proprium consanguineum vxor sibi coniunctum, insuperque cauerunt, vt his deficientibus capellania vacans conferretur consanguineo sui generis, & capellania nunc vacans, quæ de præsenti est prouidenda, est dictæ Cæciliæ, nam semper delata siue collata fuit cõsanguineis ipsius & non mariti & habita & nuncupata *de la dicha Cecilia Vazquez*: & altera capellania, quæ est d. Francisci, nõ vacat nunc, & eam habet semperque habuit consanguineus d. Francisci non verò ipsius vxoris, vt sufficienter probauit d. Ioannes. Quo fit vt capellania hæc nunc vacans cum sit d. Cæciliæ, veniat omnino prouidenda præd. Ioanni ipsius propinquo, quamuis nõ sit consanguineus d. Francisci, non vero d. Antonio, quia quamuis sit coniunctus Francisco, non tamen est vxoris ipsius propinquus, quod probatur.

Quia

6 Quia † quamuis instrumentum fundationis sit vnum, sunt tamen duo testamenta propter duos testantes vel disponentes, vt tenet Oldradus conf. 174. loquens in terminis maioratus à viro & vxore simul facti eadem charta & scriptura: vt censeantur facta duo primogenia diuersa atque separata, adeo vt vterque valeat primogenitum suũ ad libitum reuocare, quam doctrinam sequuntur plures, quos in vnum cõgessi in mea Repetitione c. quamuis pactum in princ. num. 46. de pact. in 6. & nouissimè post me, idem fecit D. Molina de Hispan primogen. lib. 4. c. 'a. num. 84. fol. 136. Vnde sequitur, quòd cum sint duo testamenta vnum viri, & alterum vxoris, vnusquisq; eorum videatur prouidisse suo consanguineo, argum. l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulg. & pupill. bonus text. in c. vnic. de duob. fratribus, à capitaneo inuestir. in vsib. feud.

Facit optima doctrina Palatij Rub. in q. maioricatus 959. quem refert, sequitur & probat Doct. Burgos de Paz iunior in 1. iuris q. lib. 1. num. 13. contra Cels. conf. 117. nu. 4.

7 Vbi † tenet Burgos de Paz, cum Palat. Rub. vbi suprà, quòd si rex licentiam concederet marito & vxori faciendi maioricatum in vnum ex filijs eorum, vterque parentum posset in filium, quem voluerit facere maioricatum, vnus in vnum & alter in alterum, referendo singula singulis, per iura, quæ ibi allegat.

8 Maximè † quòd in proposito expressum est in testamento præfatorum coniugum, quòd sint duo capellani perpetui, & sic diuisæ sunt capellaniæ & dispositiones, ac per consequens ex expressa testatoris voluntate, pluralitas illa, *pariente de nuestro linage*, resoluitur in plures singularitates cùm non resultet aliquid absurdum, vt in l. falsa, §. fin. ff. de cond. & demon. l. si chorus, ff. de lega. 3. nempè, vt vna ex prædictis capellanijs prouideatur consanguineo viri, altera verò propinquo vxoris; quo fit vt cum capellania vacans, sit d. vxoris, quia semper fuit prouisa cõsanguineo ipsius absq; eo quòd esset coniunctus viri, sit & est omnino prouidenda dicto Ioanni, cum sit consanguineus d. Cæciliæ, non verò d. Antonio. cum non habeat hanc qualitatem consanguinitatis cum ipsa fundatrice, quãdoquidem omnes limitationes quas pariter dict. regula quæ habet, quòd pluralitas resoluitur in singularitates, cessant in nostro casu in quo testatores ipsi diuiserunt capellaniam præcipientes, vt duobus capellanis conferatur, vnde visi fuerunt velle, quòd vna ex his prouideretur consanguineo ipsius viri, altera vero vxoris. Præmaximè, quòd verba illa, *de nuestro linage*, sunt relata ad plures capellanos, & in persona cuiuslibet, suum distinctum & consummatum sortitur effectum, ergo meritò pluralitas illa, *de nuestro linage*, resolui debet in singularitates, vt Bart. & Doctores præsupponunt in d. l. falsa, §. fin. ita intelligentes text. ibi, & expresè Angel. conf. 265. incip. dictum legatum relictum est, col. 2. refert & sequitur ex communi doctrina Dec. conf. 50. num. 3.

9 Et † in terminis similibus in materia maioratus conditi à marito & vxore simul in eodem testamento institutis filio & eius descendentibus ordine successiuo in quorum defectum vocarunt consanguineum propinquiorem dicendo, videlicet, veniat in defectum eorum cõnsanguineus noster propinquior, quòd unusquisq; eorum (scilicet cõdentium maioratum) videatur prouidisse suo cõsanguineo. His duobus fundamentis hanc opinionem tenet expresè Greg. Lop. in l. 2. tit. 15. p. 2. in glo. *en el mas propinquo pariente*, col. 2. in vers. sed pone, fol. 47. vbi eodem themate retento ait, quod si maritus & vxor expresè voluerunt & disposuerunt, quòd esset vna tantum maioria semper, ita ꝙ non possit verificari, quod supradictum est, scilicet, vt succedant duo, vnus in bonis viri, & alter in bonis vxoris, imò vnus tantum debet succedere, tunc videtur ꝙ præferatur proximior consanguineus cuiusq; ipsorum per text. in l. cum ita legatur, §. in fideicõmisso, ff. de leg. 2. propter vnitatem sermonis: sed in proposito hoc vltimũ cessat, ex quo testatores expresè disposuerũt, vt duo capellani semper succederent & seruirent dictam capellaniam & ita vnus debet esse de genere viri, & alter de genere seu sanguine vxoris: profectò expressa est, & maximè habenda in proposito determinatio hæc Gregorij Lopez optimè fundata per supradicta, tum præterea & approbata in nostris terminis per vsum & consuetudinem, quandoquidem semper sic obseruatum fuit in his duabus capellanijs, vt probatum existit in processu, & ea, quæ certam interpretationem habuerunt minimè sunt mutanda, vt in l. minimè, ff. de legib. Syluanus consil. 88. num. 27. lib. 2.

10 Vbi † ꝙ obseruantia multum prodest ad declarationem cuiusq; dispositionis, non tantum, quæ præcedit, sed & multo magis, quæ subsequitur, vt notatur in c. cum dilectus, de consuet. & tenẽt plures Doct. quos ibi allegat, & nu. 28. addit, quòd in ista obseruantia seu consuetudine declaratiua, nõ requiritur præscriptio, sed sufficit, quòd aliquibus vicibus ita fuerit obseruatum, secundum Anton. de Butr. & alios, quos refert.

11 Pro † quo facit glo. solennis in c. neminem, 70. dist. verb. siue possessionis, quæ habet potius esse illos clericos instituendos, de quorũ bonis est fundata ecclesia, cũ qua transeunt ibi simpliciter Archid. & Præposit. sequitur Cæsar Lambert. art. 4. 5. q. princ. 3. p. 2. li. nu. 4. & 10. Ergo cũ hæc capellania sit instituta ex bonis D. Cæciliæ, meritò, ꝙ ipsius cõsanguinei dẽant in ea Institui, & alijs pferri. Nec aduersus hoc obstat, quod aduersa pars allegat, dicẽs, ꝙ testatores in præsenti sua fundatione, deficiẽtibus capellanis nominatis, vocauerunt quendã consanguineum viri, nõ verò vxoris. Quia huic obiectioni rñdeo illam fuisse particularẽ nominationẽ atq; vocationem in illo dumtaxat casu & fauore illius personæ factam, & præterea non fuit sortita effectum, & ita tanquam ius singulare non debet in cõsequentiam adduci, vt in l. quod verò, & in l. ius singulare, ff. de legib. cum similib. Et ca-

sus præsens debet decidi ex aperta voluntate & dispositione testatorum regulariter in posterum stabilita. Item ille casus singularis sua peculiari ratione nititur: quia cum esset dubium atq; omnino incertum quæ capellania ex his duabus prius vacaret, merito quòd illa prouideretur cõsanguineo viri dilecto, nominatoq; ab eisdem. At noster casus non est huiusmodi: quia est certum vacare capellaniam vxoris, vnde ipsius cõsanguineo prouidenda est.

12 Secúdò † principaliter ea ratione excluditur dictus Antonius Presbyter, quia habet aliud beneficium ecclesiasticum pingue, cuius redditus, & prouentus ad centum millia dipondiorum quotannis ascendunt, ita, vt sufficiant ad ipsius Antonij congruam sustentationem, vt optimè probatum existit in processu, atq; præterea est de se notum sufficere ad alimenta cuiuslibet clerici, quamuis sit nobilis, atq; curiosis cibis deditus prædicta quantitas annua. Et sic obstat ei tex. expressus sacri cõcilij Trid. sess. 24. c. 17. de refor. ibi, vt in posterum vnum tantũ beneficium ecclesiasticũ singulis conferatur, &c. Nec obstat quod d. Antonius habeat patrem aliosq; consanguineos pauperes, quibus alimenta ministrat, ideoq; sibi opus esse atq; eum egere vtroque, scilicet, benefic. præd. & hac capellania.

Quia respondeo primò, contrarium fuisse probatum, nempè, beneficium præd. sufficere ad sui suorumq; alimoniã. Secundò, sacrum Concilium, vbi suprà, tantum cõsiderasse personã beneficiati in proposito, non verò cæterorũ sibi attinentiũ, vt constat ex eodẽ ibi: Quod quidẽ si ad vitam eius, cui confertur, honestè sustentandã non sufficiat, &c. Pondera verbũ, ad vitã eius, cui confertur, absolutè positũ, quia non dixit, & parentũ suorũ, vel aliorũ consanguineorum in casu necessitatis: igit ad sciendũ, an fructus beneficij sufficiant ad congruam sustentationẽ, necne vt alterum beneficiũ eidẽ conferri possit haberi rãtum debet respectus ad personam ipsius beneficiati, non verò ad alias, quamuis sibi propinquissimas, vt ita dicam. * Sed quia contrariũ de iure probat in hoc Petrus Dueñas in reg. 71. limitat. 1. vbi ꝙ debet attendi qualitas personæ, vel quia forte habet parentes aut cõsanguineos suis expensis alimentandos & quòd beneficium dicitur sufficiens quando sufficit sibi & suis, id est omnibus, quos quis secum habere debet necessario vel quibus iure naturæ prouidere tenetur, ideo.

13 Hæc † secunda ratio coadiuuatur ex resolutione communi tradita per Cæsar Lambert. de iure patro. 3. p. 2. libro, art. 3. 5. quæst prin. fol. 225. vbi concludit, ꝙ data æqualitate idoneitatis in duob. præsentatis ad capellaniã, vel idoneiore existente diuite præfertur pauper idoneus in beneficio simplici non curato, quando ecclesia non eget, nec est onerata debitis, aliàs secus: idẽ probat Rochus de Curt in eo. tract. de iure patr. verb. honorificum, num. 42. Ergo etiam si præd. Antonius esset consanguineus fundatricis, cum ipse & d. Ioãnes sint æquè idonei respectu sacerdotij, & ecclesia non egeat nec vlla debita habeat, præferendus est dict. Ioannes tanquam pauper d. Antonio diuiti existenti, & a fortiori in nostro casu: quando quidem d. Antonius non est consanguineus testatricis, nec idoneior d. Ioanne.

Non obstat ratio, qua nititur d. Antonius dicens, se esse nominatum atq; præsentatum ad hãc capellaniam per verum patronum, ideoq; se esse præferendum cæteris: quia non sunt præsentati à patrono cum in fundatione requiratur, vt capellanus sit nominatus à patrono, quæ qualitas desideratur in d. Ioanne, & adest in d. Anton. ergo is præferendus est.

14 Nam † respondeo quòd patronus, neq; quiuis alius non potest alterare, nec commutare voluntatem testatoris: imò iuxta eam, & ipsius tenorem debet nominare capellanum qualificatum: & aliter facta præsentatio de non habente qualitates requisitas puta sanguinis, est inualida, vt supra dictum est. Et præterea probatur optimè in Decreto 5. de reformatione sacri Concilij Trid. sess. 25. & iterum sess. 22. c. 4. ad fi. de reformat.

15 Et † in nostris propè terminis, quãdo superior aliquem instituit iure deuoluto ob negligentiam patroni, ꝙ debeat idoneum instituere secundum voluntatem fundatoris eam seruando & non dispensando contra eam, tenet plures referens Cæsar Lamber. de iure patr. in 7. q. princ. 3. p. art. 13. lib. 3. & in 30. art. 7. q. princ. 1. p. lib. 2. nu. 4. idem pluribus probat Rebuff. in tract. nomin. q. 8. num. 21. & seq. Vnde cum d. Ioannes habeat & in eo cõcurrant omnes qualitates requisitæ in fundatione, ipse habere dicitur vocationem à testatore ac per consequens præferendus est.

Restat, vt deueniamus ad alterum Antonium non presbyterum, tertium oppositorẽ. Circa quẽ res est clara, quia ex verbis fundationis huius capellaniæ constat, quòd capellanus tempore præsentationis debet esse sacerdos: quia testatores præcipiunt, vt capellani dicant siue celebrent missas, & hoc sæpius repetunt, imò dicunt, quòd capellani teneantur dicere missas: & ex geminatione verborum magis enixa voluntas apparet iuxta tex. cum materiam, in l. Ballista, ff. ad Treb.

16 Item † ad beneficium idoneus est præsentandus, cap. super inordinata de præbend. cap. cum in cunctis, de elect. cap. 3. cap. significasti, de iure patronatus.

17 Et † ille dicitur idoneus ad beneficium, qui potest & vult deseruire in eo; text. est in indiuiduo hoc probans in d. cap. super inordinata, & sic duo debent cõcurrere velle & posse: quia omnes actus humani regulantur à duobus principijs, scilicet, volitiuo & potestatiuo, vt probatur in cap. super Abbatia, de officio deleg. vbi Aneha. notat: sed nõ sacerdos non potest dicere missam, imò si eam diceret incideret in pœnas congestas per Bernard. Diaz de Lugo in sua pract. criminali, c. 12.

18 Ergo † necessariò requiritur, quòd capellanus prouidendus sit sacerdos. Quod etiam probatur,

quia

quia vbicunque non conueniunt verba legis, vel testatoris(quæ sunt lex, vt in Authent. de nupt. §. disponat,colla.4.cum vulgarib.)neque eius dispositio locum habet,tex. vulgaris & ibi notant Doc. in l.4.§.toties, ff. de damno infect. & alibi sæpissimè. Quibus fundamentis hanc opinionem in terminis tenet Andreas Barbat.in allegatissimo illo suo consilio 33. incipit, scripsit Psalmista in 4.& 5.col. vol. 2. quem refert & sequitur plures allegans Cæsar Lambert. vbi suprà,27. artic. 7. q. ptinc. primæ partis,2.lib.nu.1.& sequen. fol.230. in antiquis,& fol.78. in nouis, quos etiam refert & sequitur Doct. Didac. Perez in l.1. tit 6. lib.1. Ordina.colum.246.versic. notabile etiam est dubium. vltra quos candē opinionem sequitur alios allegans Rochus de Curt.in tract.de iure patr.verbo,honorificum,num.21.fol.15. in paruis, & Ripa in l.ex facto,num.3 1.ff.de vulg.& pupil.subst. Decius cons.129.num.5. Abb.optimè in cap. dilecto,in secundo notab.num.3.de testibus, idem in effectu tenet Ioan. Andr.in addit.ad glo.in cap.ei, cui,versi.sacerdotalis,de præbend.in 6. Ergo cum testatores in hac fundatione expressè apposuerint verba supra dicta,requiritur necessario, quòd capellanus prouidendus sit sacerdos. Præterea supradicta procedunt etiam si testator dixerit,quòd præsentetur clericus, qui celebret, vel per alium celebrari faciat, quia nihilominus sacerdos est præsentandus: quia supradictam facultatem concessit testator capellano,vt si fortè esset impeditus aliquo impedimento, posset facere celebrari per substitutum:non tamen per dicta verba voluit dispositionem suam ampliare, vt præsentandus ad illam capellaniam non sit actu sacerdos. Ita tenet & bene probat Barb. vbi supra,& Cæsar.Lambert. vbi supra,art.28.statim sequenti per totum.

Et supradicta adeò procedunt, vt hæc qualitas sacerdotalis debeat interuenire, & adesse tempore præsentationis,siue actus atq; promotionis,nec sufficit aptitudo, & sic ætas habilis ad se ordinandum intra annum,de quo in c.licet canon, de electione,lib.6.& in Clem.vt hi,qui, de ætat. & qualit. Quia illa iura loquuntur & procedunt in qualitate sacerdotij requisita à iure communi,nos verò quando est annexa beneficio, ex lege fundationis,priuilegio,vel consuetudine:quia tunc requiritur quod tempore præsentationis siue promotionis præsentandus, siue promouendus habeat actualiter illam qualitatem. Ita distinguit & declarat Abb.in cap.cum in cunctis,§.inferiora, nu. 10.& 11.de elect.sequitur Rochus de Curt.vbi supra,d.verbo,honorificum,num.21. per totum,vbi refert decis. Rotæ de præben. in nouis, decis. 1. & est ad finem,d.decis. tenet optimè Barbat. vbi supra,ad finem,& Cæsar Lambert, vbi supra, artic. 29. statim sequen. per totum : vbi testatur communem opinionē sufficere esse ætatis idoneæ præsentandum per patronum , vt infrà annum possit promoueri ad ordinem requisitum ex dispositione iuris communis,vt in ecclesia parochiali, & similibus; secus si ex lege fundationis, vt in nostro casu. Eandem opinionem tenet Rebuff. in praxi beneficiorum, tit. requisita ad collation. bonam, num.33.& 34.pag.361. & Imol. in d. Clemen. vt ij,qui,col.9.vers.secundo,glo.& optimè Ripa vbi supra. Vbi in terminis nostris expressè tenet, non sufficere patronum præsentare non sacerdotem,licet intra tempora a iure statuta promoueatur ad sacerdotium: sed oportet quod præsentatus sit sacerdos tempore præsentationis.

20 Quorũ † ea est ratio,quia quotiescunq; ex fundatione statuto,vel consuetudine beneficium aliquod non potest dari,nisi habenti sacrum ordinē, vel sacerdotium,tunc non potest prouideri alteri, nisi habenti illum ordinem, vel sacerdotium iux. gl.in c.si eo tempore,de rescript.in 6.& glo.fi.ma iuscul.& ibi Doct.in d.Clem.vt ij,q,vers. annexi, sequitur Bonifac. in peregrin. legum partit. verb. beneficium,q.3.glo.conferendum , in fi. & Greg. Lopez in l.3.tit.16.p.1.in glo. catorze años. Sed d. Antonius tempore oppositionis non habebat, nec nunc habet hanc qualitatem sacerdotij , nec alicuius alterius ordinis sacri: igitur notoriè constat de non iure suo, ac per consequens condemnandus venit in expensis litis præter sui ipsius exclusionem.

21 Imò,† quòd magis est,nec dicto tempore habebat primam tonsuram,nec alios minores ordines: sine qua dicta prima tonsura minimè poterat,nec potest præsentari , nec admitti ad beneficium ecclesiasticum obtinendum, etiam si prædict. capellania sacerdotium non requireret,prout requirit, vt affirmat & probat Lambert. vbi suprà,in 2. art. 7.q.princip.1. parte 2. lib. num.15. fol.60. in nouis,& iterum in d.29.artic.d.7.q. princip.1. parte 2.libro,fol.79.num.4. Nec sufficit, quòd postea durante hac lite fuerit effectus primæ tonsuræ. Quia primo respond. id requiri tempore præsentationis , & oppositionis, & sic non sufficit, quòd postea superueniat supra d. qualitas, vt supra est, qualitate presbyteratus requisita ex fundatione, priuilegio,statuto,vel consuetudine. Et præterea in terminis primæ tonsuræ tenet & probat Lamber.in duobus locis modo proximè relatis:vbi affirmat ,ꝙ omnino requiritur clericatus tpe præsentationis:& sic non sufficit post præsentationē laicum in continenti clericari , vt c. si clericus, de præbē.lib.6. Secundò,quòd etiam si sufficeret in alijs beneficijs non requirentibus sacerdotium, effici laicum primæ tonsuræ post præsentationem vel oppositionem , in nostro casu cessat hæc ratio, quando quidem requiritur sacerdotium actualiter tempore actus ex fundatione & voluntate testatorum , vt capellanus possit prout tenetur celebrare missas huius capellaniæ : quia non sacerdos non potest,licèt,velit seruire dict.capellaniæ, & sic deficit in eo vnum ex duobus requisitis necessarijs , supra dictis, scilicet, voluntatis & potentiæ, ac per consequens non debet admitti argu. text.optimi in l. vt gradatim, §. 1.ff.de muner.& honor.vbi dicitur, & si lege municipali caueatur , vt præferantur in honoribus certæ condi-

tionis homines: attamen sciendum est, hoc esse obseruandum, si idonei sint.

22 Vlterius,† & alio capite excluditur dict. Antonius: quia attenta fundatione huius capellaniæ, neque ipse idoneus aut dignus est, neque dignior, imò indignus. Quod patet, quia idoneus & dignus in proposito est ille, qui habet qualitates ad beneficium necessarias, videlicet, ætatem legitimam, literarum scientiam, morum honestatem, & ordinem necessarium, text. in cap. cum in cunctis, in princ. & in §. inferiora, de electio. c. cum te, & in cap. præterea, de ætat. & qualitat. c. si pro clericis pauperibus, de præbend. lib. 6. concil. Triden. sess. 7. cap. 1. & sess. 22. cap. 2. & 4. docet Lambert. de iur. patro. 1. par. lib. 2. art. 1. quæst. 10. princ. Selua de benefi. 3. par. quæst. 5. nu. 1. volum. 15. tract. diuers. doct. Dignior autem est ille, qui aptior, & magis vtilis est ad beneficium, cui præficitur, & indignus ille, qui non habet qualitates præd. ad beneficium necessarias, vt docet, S. Tho. 2. 2. quæst. 63. artic. 2. Soto lib. 3. de iust. & iur. q. 6. artic. 2. Couar. in regul. peccatum, 2. par. §. 7. nu. 4. vers. dignior, fol. 49. Sed dict. Ioannes habet omnes præd. qualit. dict. autem Antonius minimè, vt visum est, & patet ex processu: & sic dict. Ioan. est dignus non solum, verum etiam dignior ad hanc capellaniam, ergo præferendus, dict. autem Ant. indignus: igitur nullo modo debet admitti. Ex quo sequitur, quod cum etiam inter cõsanguineos dignior debet eligi, vt docet Federic. cons. 95. Couar. & Soto, vbi supra, etiam si hæc capellania non requireret sacerdotium, esset præferendus adhuc dict. Ioannes, quia est dignior dict. Antonio respectu ordinis presbyteratus, quem habet dict. Ioann. dictus autem Antonius minimè.

23 Vltimo † excludendus etiam venit dict. Anto. quia ipse est alienigena (hoc est alterius episcopatus & diœcesis, scilicet, Cauriensis) vt constat ex suis literis testimonialibus productis. Ioannes autem præd. est diœcesanus, & naturalis huius episcopatus, quare preferendus est ei, qui aliunde est, vt tenet gl. in c. neminem, 40. dist. verb. ciuitatis, vbi, quòd potius est præferendus clericus, qui est de ciuitate, quam extraneus, idem optimè differens probat Roch. de Cur. in tract. de iure patro. verb. honorificum, quæst. 18 nu. 45. & sequent. & ipsum refert, & sequitur optimè pluribus iuribus & decisionibus comprobans, (quę consulto omitto, quia ibi sunt congesta) Cæsar Lambert. in eodem tract. 4. artic. 5, quæst. princ. 7. part. lib. 2. folio 226. & sequent. in nouis. vbi respondet ad c. ad decorem de instit. & doctrinam Abbatis in contrarium adduct. idem Cæsar. art. 5. sequenti.

24 Vbi † concludit, quòd stante idoneo de collegio, vel loco nullo, modo potest præsentari forensis seu alterius collegij vel loci, etiam si forensis sit idoneior, & quòd oriundis facilius prouideatur quam exteris, per tex. in l. in ecclesijs, C. de episcopis & clericis. & glo. in d. c. neminem, sequitur alios allegans Rebuff. in tracta. nomin. quæst. 9. num. 57. Lucas de Penna in l. quisquis, C. de omni agro desert. lib. 11. vbi ampliat etiam si incola, siue ciuis nouus esset magis idoneus originario: quem refert & sequitur Alciat. in reg. 1. præsum. 37. nu. 1. & Gomezius in reg. de adiomit. q. 1. idẽ Rebuff. in dict. tract. de nominat. q. 21. nu. 55. vbi quòd collator debet preferre oriundũ non oriundo. bene Selua de benef. 3. p. q. 26. per totam vol. 15. tractatu im, 3. diuers. doct. fol. 84. Gulier. Benedict. in rep. c. Raynutius, verb. vxorem, &c. nu. 482. & 488.

25 Pro † quo facit, quia presentatio redditur subreptitia, & nulla, non facta mentione quòd præsentatus est forensis, vt cum Decio tradit Rol. à Valle, cons. 47. nu. 68. lib. 1.

Non obstat altera allegatio d. Antonij asserentis se esse prima laurea donatum in sacra Theologia, ac proinde præferendum arg. ca. cum ex eo, de electione, in 6. & cap. de multa. in fi. de præbend. & quæ tradit Rebuff. vbi suprà, dict. q. 21. nu. 56. Quia respondeo, quòd qualitas hæc scientiæ Theologiæ, nec gradus Baccalaureatus non sunt necessaria ad hanc capellaniam, in qua solũ sunt dicendæ, vel canendæ missæ, nec enim habet onus annexum audiendi confessiones, nec alia sacramenta ministrandi, nec concionandi, nec casus dubios conscientiæ resoluendi, quia non est canonicatus magistralis, nec pœnitentiæ. Secundò, quòd licèt præd. qualitas, qua aduersa pars nititur, alicuius momenti, siue considerationis foret, cũ pred. Antonio deficiat præcipua, hoc est presbyteratus, sine qua non, minimè potest prætendere hanc capellaniam, nec sibi prouideri per supradicta. Tertiò respondeo, quòd etiam si propter d. qualitatem gradus esset dignior (quod diffiteor) adhuc tamen, quia est forensis præferri debet dignus huius episcopatus originarius per supradicta. Quartò respondeo, quòd tunc procedere posset prætensio aduersæ partis, quando in cæteris essent omnino pares præfati Ioannes, & Antonius, scilicet, quòd vterque esset sacerdos, & originarius huius episcopatus, & consanguineus fundatricis: tunc enim pars aduersa posset præd. qualitatem allegare iuxta tradita per Cassaneum in Catalog. Glor. mundi, 4. considerat. 48.

26 Vbi † quòd inter plures æqualiter promotos in vno loco præfertur, qui merito vitę, nobilitate, aut scientia alios antecellit, & Boerius de authorit. Magn. concilij, nu. 96. vbi loquitur in pluribus episcopis, eodem tempore consecratis, & in pluribus doctoribus, siue licentiatis, vel militibus eodem tempore creatis, vt attendi debeant merita, & virtutes, seu qualitates personarũ, quia nobilior, aut antiquior præcedere debet. At verò in presenti causa non est omnimoda paritas, sed potius disparitas, quia Ioannes præd. est oriundus huius episcopatus & incola, item sacerdos, pauper, honestus, habilis, sufficiens & consanguineus fundatricis in quarto gradu. Præfatus autẽ Antonius licet sit consanguineus eiusdem in eodem gradu non est originarius, nec incola huius episcopatus, item nec sacerdos.

27 Quin-

27 Quintò † respond. quòd licet data paritate in cæteris literatus præferatur indocto & non literato, hoc tamen intelligitur, nisi aliter ecclesiæ necessitas suaderet; quia tunc non literatus præfertur, vt bene exemplificat, & probat Lambert. de iure patro. 11. articul. 5. quæst. princi. tertia. par. 2. lib. numero 3. & 7. fol. 228. col. 3. & 4. illius folij in nouis. Ergo cum dict. capellania habeat, & requirat ex fundatione annexum ordinem sacerdotalem, & sic ecclesiæ necessitas exposcat presbyterum, consequens est, vt ipse præferatur præd. baccalureo literato, etiam docto per supradicta.

28 Vltimò † in fauorē Ioannis aduersus præd. Anton. facit argumentum a forti ori, quia etiam si durante hac lite Antonius efficeretur sacerdos, & sic ambo essent sacerdotes, adhuc esset præferendus dict. Ioannes, qui antiquior, cui erat ius quæsitum ad hanc capellaniam ex præd. suo sacerdotio, antequam dict. Antonius efficeretur sacerdos. Vnde sacerdotium posterius non præiudicat priori, etiā si secundus haberet maiorem qualitatem literarum quam primus argumento eorum, quæ optimè congerit Rebuff. in tract. nominat. q. 21. num. 6. 7. & 8. post doct. in l. cū quid, ff. si cert. per. Boer. de auth. magn. con. nu. 89. & 90. & facit quod Rebuff. tradit, vbi suprà. nu. 53.

Dicens hoc limitandum si primus non habet qualitatem requisitam: quia fortè beneficium requirebat sacerdotem ex fundatione, & secundus erat sacerdos, primus non, nec in ætate 25 annorum, &c. quia tunc præfertur secundus per authoritates ibi ab eo relatas. Ergo à fortiori in nostro casu cum d. Ioann. prius sit sacerdos, secundus autem non sit sacerdos, & capellania hæc ex sua fundatione requirat sacerdotium, vt suprà probatum est, præferri debet d. Ioannes.

Item facit, quòd decidit Bald. consi. 167. incip. ordinatio testamenti, in fine. volu. 4. vbi argu. l. si. ff. de fide instrum. tenet quod in dubio in beneficijs conferendis est præferendus senior, quem refert & sequitur Barbat. consi. 23. col. vlt. vol. 1. Rochus vbi supra, de iur. patro. verbo, honorificum. q. 15. nu. 42. & inquit Cassaneus vbi suprà in Cathalog. Gloriæ mund. 4. part. considerat. 76. quod antiquiores clerici debent habere primum locum. Hæc lis fuit decisa in fauorem dict. Ioan. per vicarium Placenti. 29. die Ianuarij. ann. 1577.

SVMMARIA.

1 *Ex vnico actu electionis, vel præsentationis acquiritur ius eligendi, vel præsentandi; vbi quæ requirantur ad hoc.*

2 *Quasi possessio patris, seu antecessoris præsentandi, quæ sortita fuit effectum transit in filium, vel successorem absque eo, quòd successores exerceant actum per quem inducatur quasi possessio.*

3 *Probatio per testes aduersus interdictum adipiscendæ, non admittitur quando in continenti de dominio non docetur.*

4 *Ius exequendi sententiam transit contra eum, qui in locum condemnati succedit.*

5 *Masculus, & ab eo descendens præfertur semper fœmina, & ab ea descendenti in ijs, quæ deferuntur iure sanguinis & maioratus.*

6 *Mulier nupta transit in familiam viri sui, & non gaudet priuilegio concesso familiæ patris.*

7 *Mulier nobilissimo etiā patre nata, si ignobili viro nupta sit, contribuit cum plebeis.*

8 *In conseruatione familiæ versatur fauor publicus.*

9 *Fœmina nupta extra familiam, an habeat ius patronatus familiæ concessum?*

10 *Illegitimus admittitur ad ius patronatus quando testator contrarium non præcepit.*

11 *Communis vsus loquendi, & consuetudo attendenda est ad sciendum, an bastardus dicatur de domo, vel familia patris.*

12 *Familia ita æquè conseruatur per legitimatos sicut per legitimos.*

13 *Illegitimitatis macula ascendentis non nocet descendenti legitimo in iuris patronatus successione.*

14 *Macula patris spurij, incestuosi, vel nati ex damnabili coitu non nocet eius filio legitimo, quo minus possit institui, & vocari ab auo, præcipuè si pater est mortuus.*

CONSILIVM TERTIVM.



VISO præsenti processu litis & causæ, de & super iure patronatus capellaniæ, quam instituit, & dotauit quædam Agnes iam defuncta, inter D. Ioannem, & Matthæum ab eo nominatum capellanum huic capellaniæ ex vna parte, dominam Mariam vxorem Didaci Picarro, & Franciscum Picarro, ab eadem ex aduerso, capellanum nominatum: Item & Gundisaluum Rengel, & Ioan. ab eo nominatum ex altera parte, de iure præferendum esse dictum dominum Ioannem in prædict. nominatione atque præsentatione cæteris assertis patronis, atque proinde capellaniam esse conferendam prædict. Matthæo, respondeo sequentibus iuris fundamentis. Veritas huius negotij dependet a cognitione ad quem pertineat ius patronatus huius capellaniæ: hoc nanque competto, cognoscetur & reliquum, scilicet, cui nominatorum sit conferenda, Ideò in præsenti consilio Deo annuente, hoc agam, probans præd. ius patronatus pertinere ad dictum Dominum Ioannem, non vero ad alium, quamobrem capellaniam conferri debere præd. Matthæo ab eodem Domino Ioanne nominato.

Primo, quia iam iterum hæc eadem lis super iure patronatus d. capellaniæ fuit prius in iudicio agitata inter parentes dictarum partium, atque sententia diffinitiua decisa, iudicio superiorum iudicum cōfirmata: qua declaratum fuit hoc ius patronatus pertinere ad Dominum Didacum patrem dict. Domini Ioannis, ac deinceps ad filium maiorem eiusdem successorem in sua domo, & mainratu, vt quilibet suo tempore nominare posset capellanum ad hanc capellaniam, vt constat ex præd. sententia authentica in publicam formā reda-

redacta. Cuius virtute præfatus Dominus Didacus nominauit capellanum quendam Ildephonsum, huic capellaniæ: cui fuit prouisa factaque collatio & data possessio illius cum suis bonis & redditibus: eamque pacificè habuit & possedit diu, cuius cessione & renuntiatione nunc vacat: quæ omnia patent ex processu: vbi etiam adest declaratio conformis supradictis in fauorem dict. Domini Didaei suorumque successorum facta ab Illustrissimo quondam huius episcopatus præsule eo tempore, quo proprio motu (vt solitum est) memorias atque capellanias antiquas defunctorum visitaret. Constat igitur manifestè ex suprà dictis quod pater dict. Domini Ioannis quando ab hac vita decessit erat in proprietate & possessione, vel quasi huius iuris patronatus, atque nominandi capellanum ad dict. capellaniam virtute dict. exequutoriæ sententiæ & nominationis à se factę, quę sortita fuit effectum, vt probatū existit in processu, & aduersæ partes fatentur.

1 Et ex † vnico actu electionis acquiritur quasi possessio eligendi, & præscribitur, iuxta gl. in c. cum ecclesia Sutrina de caus. posses. & propriet. verb. breuitatem. & hanc testatur communē opinionem esse loquens tam in electione quam in præsentatione Ripa ibidem, nu. 91. & eam sequitur plures allegās loquens etiam in vnica electione vel præsentatione, Dec. consi. 124. nu. 1. idem Dec. consi. 129. nu. 21. & 3. & cons. 134. nu. 1. Vbi tria ad hoc requirunt, quæ in nostro casu interueniūt. Primo, quòd bona fide electio, vel præsentatio facta sit. Secundò, quod sit admissa & confirmata. Tertiò, quod præsentatus & confirmatus fuerit tanquam rector in possessione rectoriæ, & quòd ille, qui vltimo loco præsentauit dicitur esse in possessione. Et illam glo. opinionem, dicit etiam communem Cæsar Lambert. de iure patro. lib. 2. in 1. part. art. 11. q. 3. prin. num. 5. & per totum articulum. fol. 22. in nouis, testatur communem D. Couar. in pract. q. c. 14. nu. 2. Et quòd hoc intelligatur quādo collatio sortita fuit effectum, alias secus, tenet etiam Mattheus de Afflict. decis. Neapol. 282. nu. 2. & Rol. à Val. consi. 47. nu. 27. lib. 1. vbi plures allegans testatur communem, ꝙ ex vnico actu præsentationis sequuta institutione, quasi possessio acquiratur, de quibus requisiris latè agit Cæsar Lambert. vbi suprà, in art. præcedenti, vbi prædicta sequitur. Quo fit, vt defuncto d. domino Didaco iure optimo succedat in d. iure patronatus dominus Ioānes ipsius filius maior successor in sua domo, & maioratu vigore dictæ sententiæ exequutoriæ, quæ cum eo expressim loquitur, ac per consequens mittendus sit in possessionem, vel quasi d. iuris patr. admittendo suā nominationem factam de prædict. Matthæo pro capellano d. capellaniæ, ipsique nominato conferendo eam in titulum perpetuum, supersedēdo in iudicio petitorio, quod aduersæ partes in iudicium deducunt, prout fuit petitum pro parte dictorum Ioannis & Matthæi iuxta iuris regulam ordinariam in l. ordinarij, C. de rei vend. & in l. incerti iuris cum similibus, de interdict.

2 Quasi † possessio enim præsentandi patris seu antecessoris, quæ sortita fuit effectum ex institutione ob eam sequuta transit in filium vel successorem hæredem absque eo, quòd ipsi successores exerceant actum per quem inducatur, quasi possessio, vt in terminis probat & tenet Cæsar Lambert. de iure patro. 2. lib. artic. 22. 3. q. 1. part. per totum articulum, fol. 28. idem in quasi possessione iurium incorporalium generaliter de iure probat Otalora de nobilit. 3. part. c. 6. nu. 8.

Non obstat, quod aduersæ partes se obtulerint ad probationem iuris sui aliquosque testes super eo induxerint.

3 Quia † hoc non admittitur aduersus interdictum adipiscendæ quando in continenti non docetur de dominio iuxta gl. magn. in fi. in l. si de vi, ff. de iudic. tradit Bart. in l. naturaliter, §. nihil cōmune, nu. 3. ad fin. versi. secundo casu, ff. de acquir. possess. cuius opinio in hoc communiter approbatur per Doct. ibi, vt testatur Ripa ibi, num. 101. probat l. 27. tit. 2. part. 3. in versi. Fueras ende, & ibi, notat Greg. Lop. in glo. Quæ le entregasse, eam l. intelligens tantum procedere in interdicto adipiscendæ, & Ant. Gomez in l. 45. Tau. num. 122. Quare nihil præstat in proposito, quod in prædict. exequutoriæ secunda sententia dicitur, scilicet quòd renuntiatio Gundisalui dicti iuris patronatus in fauorem dict. Iacobi facta non præiudicet D. Dominæ Mariæ filiæ renuntiantis in iure sibi competenti, vel, quod competere possit; hoc namque nihil aliud operati videtur quam simplicem reseruationem sui iuris, si id sibi competat, vt ex verbis suprà relatis constat. Hoc autē ius deduci & agitari prius debet in iudicio via ordinaria & non obest interdicto adispiscendæ: quia non constat in continenti de dominio, vt est probatum supra de iure.

Secundò, & præcipuè hæc eadem pars certior redditur, quòd in iudicio proprietatis probatam habeat suam intentionem præfatus dominus Ioānes, tum propter dictas literas exequutorias in contradictorio iudicio latas aduersus parentes aduersariorum, quibus pariunt exceptionem rei iudicatæ atque integrum præiudicium parant, quando quidem ipsi admitti nunc intendunt tanquam filij suorum parentum.

4 Nam ius † exequendi sententiam transit contra eum, qui in locū condemnati succedit etiam non citatum in prima lite, vt in l. ex contractu, & ibi notāt Bar. & Doct. ff. de re iudicat. Sicque nullo pacto aduersę partes admitti nec audiri debent cum dictis sententijs sint exclusæ, multoque minus audiendus est dictus Gundisaluus Rengel, quia eius pater fuit exclusus, condemnatusque omnino tribus conformibus sententiis absque aliquo additamento.

Tum prætereà, quia d. dominus Ioannes descēdit linea recta à genere Caruailium, eorumque insignijs & nomine vtitur, caputque est ipsorum, & consanguineus intra quartum gradum præd. fundatricis

datricis

datricis: in cuius ordinatione requiritur, vt succedere habens in hoc iure patronatus sit de præd. genere Caruailium, atque proinde ad vnguem obseruandum iuxta latè per me tradita in primo & 2. consilijs supraposites: d. autem Domina Maria licèt sit consanguinea fundatricis in eodem gradu minimè succedit in hoc iure patronatus ex suprà dictis & infrà dicedis. Gundisaluus verò Rengel vltra sui exclusionem supradictam, nō ita propinquus consanguineus est, sicut dominus Ioannes, & in fundatione huius capellaniæ præcipitur vt proximior præferatur præsertim, quod nec nomen, nec insignia siue arma Caruailium portat, & descendit per lineam fœmininam à sorore fundatricis, dominus vero Ioannes per masculinam à fratre eiusdem.

5 Et in† bis, quæ deferuntur iure sanguinis & maioratus, prout hoc ius patronatus, præfertur semper masculus & ab eo descendens, fœminæ, & ab ea descendenti argum. cap. 1. & per totum de succes. feud. & ibi notant Doct. & tradit optimè Anton. Gom. in l. 40. Taur. nu. 62 Vbi inter alia bonam rationem adducit: quia ex quo constituens vel disponens primo vocauit masculum in successione; eadem ratione videtur etiam posteà velle, vt semper masculus succedat, & præferatur fœminæ per text. in cap. 1. de eo, qui sibi & hæred. suis mascul. & fœm. inuestit. accept. in vsib. feud. & alia iura & Docto.

6 Tertiò, quia† dict. domina Maria nupta est viro alterius familiæ, in quam ipsa transiuit per matrimonium, & non potest gaudere priuilegio concesso familiæ paternæ, vt tenet Bart. in l. quoties. nume. 2. C. de priuileg. scholar. lib. 12. dicens hæc verba, Nota singulariter istum text. quod si priuilegium concedatur mihi & omnibus descendentibus masculis, & fœminis quod descendentes per lineam fœmineam ità demum fruuntur priuilegio si sint viduæ, non autem si ad secundum matrimonium conuolauerint. Et potest esse ratio. quia postquam virum assumunt in totum ad alium dicuntur se transferre, & statum suum mutare, vt in l. mulieres. de dignit. Quasi apertius loquatur Bar. in fœmina nupta primo vel secundo viro, sicut intelligunt Doct. qui eum sequuntur statim et tandi, siue sit descendens per lineam masculinam siue fœmininam. Quia vis & ratio decisionis suprà dictæ Bart. tantum consistit in persona ipsius fœminæ nuptæ, de qua dubitatur an vti debeat priuilegio paternæ domus concesso, non verò in eo an fœmina descendat per lineam fœmininam, vel masculinam, nec quòd contraxerit secundas nuptias, vt constat ex ipsamet ratione Bart. Cuius opinio & doctrina sic generaliter intellecta (licèt aliqui eam improbent) est communiter approbata, & tenenda, vt plures allegans affirmat eam sequutus D. Antonius de Padilla in l. voluntas. n. 4. C. de fideicommiss. quam ipse ibi probat.

7 Quia mulier† nobilissimo etiam patre nata, si ignobili viro nupta sit, veluti ad plebeiam familiam translata compellitur pro ratione sui patrimonij cum popularibus tributum príncipi pendere per l. regiam 6. tit. 2. lib. 4. Ordi. hodie l. 9. tit. 11. lib. 2. Compil. Per quā ita tenet Palat. Rub. ibi allegatus per eum. Et eodem modo mulier popularí parte nata si nobili nupta sit, quandiu matrimoniū durat ac soluto quoque, si castè vixerit, veluti mariti familiaris cū plebeis non cōtribuet, vt ibi ipse probat præcipuè per dict. l. Regiam.

8 Probatur etiam, † quia versatur fauor publicus in conseruatione familiæ, vt in l. 1. §. quamuis, ff. de vent. inspic. Et hoc est quod voluit fundatrix in proposito, dum præcepit, vt esset patronus consanguineus propinquior ex genere Caruailium, quæ familia per masculos conseruatur non per fœminas: nam cum ipsæ nubendo extra eam transeat in alias familias, proprias amittunt, vt in §. 1. Institut. de patr. potest. & in l. pronuntiatio, in fi. ff. de ver. signific. tradit plures referens Greg. Lopez in l. 12. glos. 2. titu. 33. part. 7

9 Sed imò† in nostris terminis iuris patronatus eandem doctrinam Bart. videtur sequi Rochus de Curt. in tract. de iure patr. in verb. comp. tens alicui nu. 2. fol. 34. col. 3. in paruis. Vbi quærit, an quando ius patronatus competeret illis de parentela, fœminæ admittantur ad vocem dandam in præsentatione, & inquit: Ego arbitror, quod si fœminæ non sunt nuptæ extra parentelam vocem habeant, & pari modo si nondum sint nuptæ: si autem sint nuptæ extra parentelam, dependet à quæstione, an fœmina nupta dicatur de domo, vel de parentela patris sui, de qua habetur per Bart. in l. quoties. C. de priuileg. scholar. li. 12. & alios, quos ibi refert. Et tandem inquit, dic, vt in dictis locis concluditur, considerando cum hoc, consuetudinem, mentemque testatoris. Sed ibi concluditur cum Bart. & communi opinione, quòd mulier nupta extra familiam patris non dicitur de domo patris ad hoc, vt gaudeat priuilegio illi domui concesso: ergo expressè decidit Rochus, idē in iure patronatus, de quo est nostra quæstio, vt fœmina nupta extra familiam patris non habeat vocem in præsentatione, nec sibi competat ius patronatus, quando illud defertur illis de parentela, vt in proposito contingit in fundatione huius capellaniæ. Quo fit vt D. Maria cum sit nupta extra familiam nullimè hoc ius patronatus, quòd soli generi Caruailium defertur, prætendere poterit, cum etiam mens fundatricis in idem concurrat, & consuetudo contraria non sit probata.

Non etiam obest, quòd d. domini Ioannis auus non fuit filius legitimus sui patris eiusdemque fratris fundatricis sed naturalis tantum, ideoque præd. nepos, non possit esse patronus dict. capellaniæ.

Nam primo respondeo, quòd licet, appellatione consanguineorum, coniunctorum, & aliorum id genus sanguinis, generisque, veniant naturales, possent in vtramque partem multa adduci, quæ vel iustum volumen conficerent ex scriptis ab omnibus nostris legum interpretibus in pluribus locis, vt tradit Tiraquel. de vtroque re-

tract.

10 tract. tit. 1. §. 1. glo. 8. num. 5. In proposito † ta-
men nostro iuris patronatus illegitimus admitti-
tur ad ius patronatus, quando testator contra-
rium non præcepit, vt constat ex latè traditis per
Rochum vbi suprà, num. 6. & sequent. Et quam-
uis in proposito propter verba fundationis, (qui-
bus præcipitur, quòd patronus sit de genere Car-
uailium) videantur excludi illegitimi, quia ipsi
non dicuntur de genere vel familia, iuxta notata
per doct. in l. ex facto. §. si quis rogatus. el prime-
11 ro, ff. ad Trebel. inspicienda tamen multum est
materia, in qua loquimur & communis vsus lo-
quendi ad sciendum an bastardi dicantur de do-
mo, vt inquit Bar. in l. pronunciatio, §. familiæ, ff.
de verb. signific. quem sequitur Angel. in d. §. si
quis rogatus, argum. l. cum de lanionis, §. asinam,
ff. de fund. instruct. instrumētoq; legat. & l. libero-
rum, §. quod tamen Cassius, ff. de legat. 3. Itaque
communis vsus loquendi, & consuetudo atten-
denda est in hoc, an bastardus dicatur de domo
vel familia, & vulgi opinio, vt latius tradit Alex.
in d. §. si quis rogatus, num. 54. Vbi, nu. 56. inquit
cum Ioanne de Imol. quòd si statutū dicat, Quicū-
que de Vvaldinis, vel similia, &c. non comprehen
duntur naturales, nisi consuetudo aliud habeat.
Sed in fundatione huius capellaniæ præcipitur
quòd patronus sit de genere Caruailiū, & est pro-
batum in duodecimo articulo, esse consuetudi-
nem antiquam in d. ciuitate, alibi, quòd filij natu-
rales succedant in domibus, maioratibus, genere,
familia & insignijs prędecessorum, & testes id de-
ponentes exprimunt nonnullas domus, maiora-
tus atque familias, quibus id contigerit, & præci-
pue, in hac eadem ipsa de qua loquimur: conse-
quitur igitur, nihil interesse, quod auus d. D. Ioā-
nis, legitimus minimè fuerit: præcipuè cum au-
thoritatibus, apostolica, & regia fuerit legitima-
tus, vt ex processu sufficienter constat.

12 Et † per legitimatos ità æquè conseruatur fa-
milia atque agnatio, sicut per legitimos, vt tenet
plura congerens Tiraq. in l. si vnquam, verb. susce
perit libertos, nu. 83. C. de reuoc. dona. Imò in no-
stris terminis, quòd ius patronatus pertineat ad
legitimatum etiam per principem secularem la-
tissimè ad vtramque partem agens probat cum
Roch. de Curt. & alijs Cæsar Lambert. de iure
patr. lib. 1. 2. pa. art. 29. per totum, 2. q. princ. fol.
142. in nouis, D. Didac. Perez. in l. 1. tit. 6. col. 237.
versic, quarta conclusio. lib. 1. Ordin.

Secūdò respondeo, in præsenti casu minimè cō-
uenire quæstionem supra proximam de illegiti-
mitate patroni. Nā d. dominus Ioannes patronus
ipsiusque, pater, legitimi sunt, & de legitimo ma-
trimonio: hęc autem legitimitas tantum defecit
13 in auo. Quo † casu expressè decidunt Doct. quòd
macula illegitimitatis ascendentis non nocet de-
scendenti legitimo in iuris patronatus successio-
ne, vt determinat eleganter Ant. de Butr. in cons.
29. incip. Iesu Christi, &c. visis punctis. Vbi tangit
an legitimè natus ex matre illegitima succedat in
iure patronatus aui materni: & concludit quòd
sic, supradicta ratione. Et eisdem verbis vtitur Pe-
trus de Anchara. consi. 358. incip. In nomine Iesu
Christi, visis punctis. Quos refert & sequitur Ro-
chus vbi suprà verb. competens alicui, num. 8. col.
fi. dicens se credere, quòd ambo supradicti Doct.
cōsuluerint in eodem casu, quia attingunt eadem
puncta: refert etiam & sequitur expensius distin-
guendo Cæsar Lamber. in eodem tract. de iur.
patr. vbi supra, art. 32. 2. q. princip. 2. p. lib. 1. fol.
143. in nouis.

14 Quæ † opinio & responsio coadiuuatur ex eo,
quòd macula patris spurij, incestuosi, vel nati ex
damnabili coitu non nocet eius filio legitimo,
quo minus possit institui & vocari ab auo, præci-
puè si pater est mortuus, vt tenet Bart. in l. Gall. §.
quid si is, nu. 2. ff. de lib. & posth. & ibi Doct. & est
magis communis opinio secund. Roderic. Suarez
in l. 1. tit. 6. lib. 3. Fori, versic. hæc de filiorum, fol.
88. col. 2. sequitur etiam, & probat Ant. Gomez.
in l. 9. Taur. nu. 17. & communem testatur plures
allegans Arias Pinel. in l. 3. nu. 20. & seq. C. de
bonis mater. & D. Couar. eumque referens Di-
dac. Perez, in l. 22. tit. 3. lib. 1. Ordin. col. 163. vers.
alia & quarta, vbi etiam refert Roder. Suarez ali-
bi, & Ant. Gomez vbi suprà, & alios.

Cætera, quæ d. Gundisaluus Rengel in sui fa-
uorem adducit, facilè diluuntur, quia pater ipsius
eadem allegans fuit victus, & exclusus tribus sen-
tentijs conformib. aduersus eum, & in fauorem pa
tris d. Ioannis latis in processu productis. Datum
Placentiæ, 23. die mensis Octobris, Anno 1570.

Hæc lis fuit decisa in prima instantia iuxta hāc
iuris allegationem: & fuit declaratus pro patro-
no huius capellaniæ d. D. Ioannes & admissus
capellanus ab eo nominatus, cui mādatū fuit fieri
collationem d. capellaniæ. In gradu appellationis
per Metropolitanū fuit confirmata hęc prima sen
tentia respectu collationis faciendæ, d. Matthæo
nominato à d. D. Ioanne, ratione possessionis, vel
quasi in qua erant d. D. Ioannes, & pater eius, no-
minandi capellanum ad d. capellaniam. Respectu
vero proprietatis d. iuris patronatus reuocata fuit
prædict. sententia, & fuit applicatus dict. Dominæ
Mariæ; à qua secunda sentētia fuit appellatum, &
per iudicem Apostolicum appellationis fuit pro-
lata tertia sententia, qua confirmauit primam &
secundam, respectu d. Mathæi capellani nomina-
ti, & in suum fauorem. Et præterea tueri iussit d.
Dominum Ioannem in possessione, vel quasi, quā
habebat d. iuris patronatus, reuocauitque d. sen-
tētiam Metropolitani respectu proprietatis, qua-
tenus eam applicauit d. Dominæ Mariæ reseruans
ei ius suum in proprietate. Itaque solum definiuit
causam possessionis confirmando nominationem
dicti Mathæi præcipiendoque, vt ei fieret colla-
tio. Et ità fuerunt decretæ & liberatæ literæ execu
toriales prædict. trium sententiarum conformium
respectu possessionis in fauorem mearum par-
tium: & cum effectu fuit facta prouisio & collatio
dictæ capellaniæ, d. Matthæo virtute dictarum li-
terarum. Laus Deo.

SVMMARIA.

1 *Habens vnam ex duabus qualitatibus requisitis, à fundatore in patrono non admittitur ad ius patronatus.*

2 *Sufficit probare consanguinitatem cum defuncto ad successionem absque eo quod probetur non esse proximiorem.*

3 *Verba sequentia generalia debent intelligi cum eadem qualitate, & puritate praecedentium.*

4 *Vna pars testamenti declaratur per aliam.*

5 *Non aliter recedendum est à voluntate testatoris, quam cum manifestum sit aliud sensisse testatorem.*

6 *Pluralitas resoluitur in singularitates.*

7 *Resolutio prædict. non fit ex proprietate verborum.*

8 *Pluralitas non resoluitur in singularitates quoties veniretur contra mentem disponentis.*

9 *Pluralitas non resoluitur in singularitates quando verba in plurali nu. prolata tendunt ad vnum effectum communem.*

10 *Pluralitas resoluitur in singularitates indiuiduas.*

11 *Ordinatio testatoris facta in plurali nu. debet seruari in vna persona, vbi in alijs verificari non potest.*

12 *Pluralitas non resoluitur in sigularitates in indiuiduis.*

13 *Ius patronatus quando diuidatur in plures haredet.*

14 *Pluralis loquutio verificatur in singulari quando non potest verificari in plurali.*

15 *Pluralitas quando requiritur pro forma non resoluitur in singularitates.*

16 *Voluntas testatoris facit formam, & conditionem.*

17 *Pluralitas non resoluitur in singularitates in præiudicium ecclesiæ.*

18 *Pluralitas non resoluitur in singularitates, quando est appositum pro nomen collectiuum.*

19 *Pluralitas resoluitur in singularitates quando est relata ad plures, & in persona cuiuslibet sortitur suũ effectum distinctum & consummatum.*

20 *Pluralitas tunc resoluitur in singularitates quando si non resolueretur resultaret absurditas vel intellectus contrarius Iuri communi.*

21 *Pluralitas tunc resoluitur in singularitates quando sub est eadem ratio vnius & multorum.*

22 *Sententia inter alios lata non nocet tertio quando victo aliqua culpa imputari potest in non appellando ab ea, vel appellationem interpositam non prosequendo.*

23 *Patronus vnus non potest augere numerum patronorum consentiendo, vt alius, qui non erat efficiatur patronus, quia agitur de præiudicio ecclesię quod pluribus patronis subijcitur.*

24 *Quamdiu adest nominatus per testatorem cessat nominatio facienda per patronum.*

25 *Ordinarius non potest commutationem vltimarum voluntatum facere, sed solus Papa de plenitudine potestatis.*

26 *Habens propriam vocationē non eget repræsentatione patris: sed tanquam principaliter vocatus admittendus est ad successionem maioratus.*

27 *Citatio generalis per edict. in electione & præsentatione sufficit, & non comparentibus parit præiudicium.*

28 *Quilibet pręsumitur viuere centum annos, quoties probatur illum de cuius vita agitur fuisse natum intra centum annos nondum elapsos.*

29 *Mors per famam & longam absentiam probatur.*

30 *Hæc probatio per famam habetur pro veritate plena.*

31 *Arbitrio Iudicis relinquitur, quod tempus dicatur longum & quod modicum.*

32 *Ex vnica præsentatione, quæ sortita fuit effectum acquiritur quasi possessio præsentandi.*

33 *Ille qui in alijs actibus patrono competentibus fuit in quasi possessione, præsumitur etiam esse in quasi possessione præsentandi quando non constat quod ius patronatus pertineat ad alium.*

34 *Præsentatus ab eo, qui est in quasi possessione patronatus præfertur præsentato a proprietario, nisi tempore præsentationis clare cōstiterit de iure Dominij.*

CONSILIVM QVARTVM.



IN causa vertente inter Mariam & Petrum principales, & Ioannem presbyterum capellanũ ab eisdem nominatum ex vna parte & Ioannam & consortes ex alia, super iure patronatus capellaniæ, quam olim fundarunt quidam coniuges consanguinei pręd. partium, & super prouisione nunc facienda dict. capellaniæ vacantis, iustitia dictorum Mariæ & Petri duobus consistit articulis. Primò, quod ius patronatus huius capellaniæ competat in solidum eisdem, ac per consequens nominatio dict. Ioannis per eos facta debeat admitti conferendo dicto Ioanni pręd. capellaniam. Secundo, quod dictis Mariæ & Petro non noceát processus, & sententiæ olim latę in hac eadem causa, quibus videtur diuidi hoc ius patronatus pro dimidietate inter præd. partes, siue eorum antecessores.

Circa primum quod tantum competat præd. ius patronatus in solidum dictis Petro & Mariæ probatur iure & voluntate expressa fundatorum, ex qua remanent exclusæ aduersæ partes: nam pręcipiunt quod extinctis ab eis nominatis, sit patronus (vt ipsi dicunt) *El pariente uuestro mas propinquo*: Et pronomen, nostro, est collectiuum, requirens, quod consanguinitas sit cum vtroque fundatore, vt patet ad oculum: & hæc voluntas siue, conditio testatorum seruanda est, vt satis probaui in consilijs præcedentibus. Adeò vt si † fundator
1 requirat duas qualitates in patrono, vt puta quod sit ex institutis hæredibus descendens, & hæres, qui tantũ vnam harum qualitatum habuerit nō admittetur ad prædict. ius patro. secund. Paris. cōs. 48. nu. 9. 18. & 19. & vol. 4. Vbi nu. 20. addit quod dimidia iuris patronatus spectās ad vnũ patronũ deficit, & extinguit per mortē ipsius, & accrescit & applicatur, vel nō diminuitur illi habēti d. ius pattonatus. Sic igitur in proposito dicendũ venit, vt voluntas testatorum in illis verbis, *Pariente uuestro*, dēat omnino seruari, ita, vt vna ex his duabus qualitatibus deficiat, scilicèt, ꝙ non sit consanguineus vtriusque fundatoris, quamuis sit alterius tantum, nō debeat admitti ad hoc ius patronatus, aut saltem pręferendus sit, qui ex vtroque

latere

latere coniunctus siue consanguineus sit, prout
sunt dicti Petrus & Maria, vt partes aduersæ con-
fitêtur:& est probatum in processu, nempè quod
ipsæ non sunt consanguineę fundatoris,sed tantú
fundatricis,& quod dicti patroni sunt consangui-
nei vtriusque fundatoris: quia duo vincula for-
tiora sunt vno,vt in l.Balista. ff. ad Trebellian.
Probatum est etiam quod tempore vacationis
huius capellaniæ, & nunc nullus alius consan-
guineus vtriusque fundatoris reperitur, nec est
in rerum natura ità proximus, sicut sunt dicti
patroni:esto quod sufficeret probare consangui-
2 nitatem proximam, † nec enim(hoc probato)re-
quiritur hoc probari non esse alium proximio-
rem,vt in terminis similis dispositionis concludit
eleganter Raphael Cuma.consi.43. & alios alle-
gans Capic.decis. 159.nu.11,D.Moli.de Hispan.
primoge. lib.3. c.9. nu.21. & 22.* & plures refe-
rens Petrus Surdus cons.5.n.6.vbi.nu.33.cum se-
quent.quomodo hoc intelligatur.* Ex quibus om
nibus constat aduersas partes nullum ius habere
ad hoc ius patronatus per supradicta.

Restat nunc, vt voluntatem expressam funda-
torum ostendamus, qua manifestum fiat, vnum
tantum patronum voluisse nominare huius capel
laniæ,non autem duos,vel plures eodem tempore
(non dico de hęredibus,quia hęredes plures vnius
patroni pro vnico patrono reputantur, & ità oés
illi vnam tantú vocé habent in præsentando.) Et
hoc ipsum probatur ex eademmet dispositione,
& fundatione huius capellaniæ, dum loquens de
vno patrono inquit, *E despues de los dias del dicho
Juan Martin,el pariente nuestro mas propinquo.* Nota
verbum,*El pariente:* in singulari numero prolatú:
quia non dicit,*los parientes:* vnus igitur tantum pa
tronus debet esse non plures. Et hæc voluntas ad
vnguê obseruáda est,nec debet quicquam supple
ri,addi,vel mutari:quia alias alteraretur volútas
testatoris,quod fieri nó debet,vt in Cle.quia con-
tingit,de relig. dom. qd apertius demóstratur ex
principio fundationis, vbi tátú vnus patronus no
minatur,scilicet,Ioannes Martin. non verò duo.
Ergo verbum subsequens, *El pariente nuestro*, de
vnico tantum,& eo habente pręd.qualitatem con
sanguinitatis cum vtroque fundatore,intelligen-
dum est omnino. Quæ expositio expressa, & con-
formis est atque amica literę fundationis, imò
hoc ipsum sonat ipsa dispositio non vero aliud.
3 Quinimo etiam si verba sequentia† fuissent gene
ralia deberent intelligi cum eadem qualitate,
& puritate præcedentium, vt in l.fi.§.fi.ff.de tri-
tic.vino, & oleo legat. Abb.in c.sedes, de rescrip.
nu.2.& 8.& sic, quòd vnus tantum patronus esset
huius capellaniæ, non verò duo, maximè cum hoc
4 sit expressum in fundatione:& vna† pars testamé-
ti declaratur per aliam,vt in l.qui filiabus,in prin
cip. & ibi Bart. & doct. ff. de legat. 1. Menoch.de
recuper.poss.remed.1.numero 35.Roland.à Val-
le, consilio 38. numero 54. libro quarto. Quod
itidem probo, quia vxor fundatoris, eademque
fundatrix habebat eo tempore sororem matrem,
scilicet, aduersarum partium, quam fundatore*
ipsi cognoscebant, & pro tali tractabant, eiusque
meminere in suis vltimis elogijs, & dispositioni-
bus, vt videre licet. Item disposuerunt, vt quidã
filius d. sororis fundatricis haberet dict.capella-
niam pro toto tempore vitę suę,cuius morte nunc
vacat; ergo si vellent, quòd prædict. soror, à qua
partes aduersæ descendunt haberet aliquod ius
ad dictum patronatum, vel partem ipsius, id ex-
pressissent.* Cum igitur non expresserint id no-
luisse credendum est,argumento tex. in l.vnic. ver
sic.sin autem ad deficiêtis personam,C.de caduc.
tollend. Voluntas igitur fundatorum(quæ est ser-
uanda)fuit,vt post mortem dict.Ioannis, esset pa-
tronus consanguineus propinquior vtriusque.
5 Nec audere † debet quis vnquam recedere ab ex-
pressa forma ab ipsis data, & perspicua eorum vo
luntate: quandoquidem non aliter recedendum
sit à significatione verborum, quàm cum manife-
stum est aliud sensisse testatorem, vt in l.non ali-
ter. ff.de legat.3. & in l.5.tit.33.parte 7. tradunt
plurimi consulentes & eos referés Roland.à Val-
le,consil.43.num.17.lib.4. quia sæpè in coniectu-
randa mente defuncti erratur secundum Bald. in
l.precibus, num. 23.C.de impub. & alijs substit.
Ias.in l.licet imperator,nu,15.ff.de legatis 1.

Ex quo infertur non habere locum in præsen-
ti casu allegationem contrariam, quæ est,vt verba
illa,*El pariente nuestro*, intelligantur vniuscuisque
fundatoris seorsum, non vero simul, reddendo
singula singulis. Itaq; hæc pluralitas,*pariente nue-
stro*, resoluatur in plures singularitates (nempè vt
consanguineus cósanguineus propinquior vnius
fundatoris habeat dimidiam partem patronatus
& alterius consanguineus habeat aliam dimidiã:
& sic quòd diuidatur inter eos d.ius patronatus:
6 quia de iure † pluralitas resoluitur in singula-
ritates iuxta latè tradita per Andream Tiraq.in l.
si vnquam verb.susceperit liberos, nu. 241. & se-
quentib. C.de reuocand. donat. Francis.Beccium
consil.39.num.2.lib.1. Hoc enim in proposito es-
set absurdum,& aduersus voluntatem dispositio-
nemque fundatorum nominantium vnum tantú
patronum, non verò plures: vt constat ex clausu-
lis fundationis, vbi sępius atque sæpissimè in nu-
mero singulari loquuntur de vno patrono, & alia
clausula,qua disponunt,*que se den al patron que fue
re, mil marauedis en cada vn año porque tenga cargo
de administrarla.* Aliter namque si dict. ius patro-
natus diuidendum foret, quilibet patronorum
non haberet plus quàm quingentos solidos con-
tra expressam dispositionem fundatorum,quæ ha
bet,vt patrono dentur mille pro administratione:
non igitur iam opus est alia probatione.
7 Prætereà † pluralitas nunquã resoluitur in sin-
gularitates contra ius, & voluntatem testatoris,
vt est notum,& aduersæ partes fateotur in suis al-
legationibus: quia talis resolutio non fit ex pro-
prietate verborum,vt in l.fi.ff.ad Treb.sed ex mé-
te loquentis,vt inquit Socin. in l.falsa, §. fin.ad
finem, ff.de condit.& demonstr.& Alexan. in l.si
seruus

seruus.§.si plurium, numero quarto. ff. si quis caut. Lancel. Polit. in tractatu substi. in 6. part. nu. 47. vol. 7. tract. diuers. doct. fol. 128. Ias. in l. Gallus, §. quid si is, num. 11. ff. de lib. & posth. Quo fit,
8 vt † pluralitas non resoluatur in singularitates quoties venitemus contra mentem dispositionis, vt tenet Bar. Socin. consi. 43. nu. 1. vol. 1. & Lancelot. Polit. vbi supra, num. 46. & 47. Ias. in l. quàuis. in fine. C. de impuber. & alijs subst. * Beccius vbi supra, num. 51. & in pulchro casu Corneus consil. 159. col. a. cum sequent. lib. 4.
9 Nec etiam † fit prædict. resolutio quando verba in plurali nu. prolata tendunt ad vnum effectum communem, Bart. in d. l. falsa, §. fi. & d. l. si seruus, §. si plurium, nu. 1. quæ Bart. doctrina communiter approbatur secundum Ias. in d. §. si plurium, num. 2. & sequuntur cæteri secund. Orosc. ibi, nu. 1. imò tunc requiritur, vt omnes qualitates simul interueniant, vt superius probatum fuit in eisdem terminis iuris patronatus.
10 . Quod etiam probatur: quia si in aliquo casu pluralitas resoluenda esset in singularitates, illud sanè foret in rebus diuiduis, vt probatur in d. §. fin. l. falsa, ff. de cond. & demonst. quo tex. aduersæ partes nituntur ad faciendum præd. resolutionem pluralitatis in singularitates: & tamen tex. ibi loquitur in rebus, vbi cadit diuisio, & separatio, Nã legauerat testator duos seruos si sui essent cum moreretur: contigit, quòd posteà alienauit vnum eorum: probat tex. valere legatum in altero. Quod
11 non mirum est, cũ † vnus seruus ab alio separari possit, & constet eo casu illam fuisse voluntatem testatoris: quia ordinatio ipsius facta in plurali numero debet seruari in vna persona, vbi in alijs verificari nec habere locum potest, vt bene concludit in pulchro casu Decius cons. 50. Non verò idẽ dicendum est quando constat de contraria voluntate testatoris, & ipsius ordinatio potest in plura-
12 litate verificari, vt in nostro casu. Nec præterea præd. resolutio habet locum in indiuiduis, prout est ius patronatus, vt in cap. 1. de iur. patr. tradit bene Rochus de Curt. in eodem tract. verbis ius.
13 nu. 10. Nec † obstat, quòd successione diuiditur ius patronatus in plures eiusdem patroni hæredes, radicarum namque ius patronatus in persona veri patroni ipsius morte transmittitur ad eius hæredes, vt in Clem. plures, & ibi Doct. de iur. patr. Quia respondeo hoc quidem verum esse quando ille principalis habet ius præd. quia est verus patronus: secus verò si id non habeat: quia nemo plus iuris in alterum transferre potest, &c. Itẽ plures hæredes vnius patroni habentur pro vno, & vnam tantum vocem habent, vt in d. Clemen. plures, & tradit huius rationem assignãs Rochus in verb. ipse, vel is, num. 2. 3. & 4. ius tamen ipsum patronatus indiuiduum est, vt in d. cap. 1. Vnde cum fundatores huius capellaniæ id minimè diuiserint, sed vnum tantum patronum nominauerint consequens est, vt ipsum non diuidatur, præterquã in casu à iure decisso, vbi scilicet, tad ica to iure patronatus in persona vnius, ex successione

diuiditur inter eius hæredes, qui quidem pro vno adhuc reputantur & habentur respectu d. iuris patronatus. Sed mater partium aduersarum nullum ius habuit ad hoc patronatus ius, quia defecit in ea consanguinitas ex parte fundatoris: ergo nihil transmisit ad hæredes.
14 Tertiò, † excluditur allegatio supradicta contraria, quia in casu d. l. falsa, §. fi. pluralitas non poterat verificari nisi in vno seruo, qui erat testatoris tempore mortis ipsius: at in casu nostro potest verificari pluralitas in pluritate (hoc est in consanguineo propinquo vtriusque fundatoris) in ea igitur verificanda est & minimeque resoluenda in vno tantum singulari: & ita quòd pluralis loquutio tunc verificetur in singulari quando non potest verificari in plurali, tenet gl. in c. omnes leges 1. dist. & ibi doct.
15 Quartò, † probatur intentum, quia quando pluralitas requiritur pro fòrma, tunc non resoluitur in singularitates, vt tradũt Petrus, Bal. Soc. nu. 2. in d. l. falsa, §. fi. Tiraq. in l. si vnquam verb. susceperit liberos nu. 262. C. de reuocand. dona. p. 419.
16 & Beccius vbi sup. nu. 17. Sed in proposito † verba illa, *El pariẽte nuestro mas propinquo*, inducũt formam omnino seruandam: quia voluntas testatoris facit formam, & conditionem Bal. in c. cum in veteri, in princip. col. 1. de elect. Tiraq. in d. l. si vnquam, verb. libertis, num. 52 C. de reuocan. do-
17 nat. Ergo non debet resolui in † singularitates: præcipuè quia resolutio esset odiosa & præiudicialis ecclesiæ, quia subijceretur pluribus patronis, quo casu etiam non fit prædict. resolutio, vt cum Rainer. concludit Soc. vbi sup.
18 Quintò facit, † quia pronomen, nuestro, in fundatione appositum est collectiuum, & comprehendit vtrumq; fundatorem: & quãdo est appositum pronomen collectiuum non fit prædict. resolutio, vt in l. necessarias, §. si annua, ff. de pignor. actio. & in l. cum quidam, C. de impub. & alijs, Bart. in d. l. falsa, §. fi.
19 Sextò † facit, quia in d. l. falsa, §. fi. pluralis sermo erat relatus ad plures, & in persona cniuslibet suum distinctum, & consummatum sortiebatur effectum: merito igitur in singularitates resoluitur, vt Bart. ibi aduertit & Doct. suprà allegati, & expresse Angel. conf. 265. incip. dictum legatum relictum est, col. 2. refert, & sequitur ex communi doctrina Decius d. cons. 50. num. 3. Sed in fundatione, de qua agimus pluralis sermo, nuestro, non refertur ad plures, sed ad vnum tantum, scilicet pariente, nec in persona cuiuslibet suum distinctum, & consummatum sortiretur effectum, quia si ius patronatus diuidendum esset eo modo quo aduersæ partes intendunt, non competeret cuilibet patrono ius patronatus in solidum, ac perinde non haberet suum consummatum effectum dispositio supradicta, nec distinctum in persona cuiuslibet patronorum: vnde minimè fieri debet prę dict. resolutio & diuisio.
20 Septimò † facit, quia tunc resoluitur pluralitas in singularitates quando si non resolueretur

resultaret absurditas, vel intellectus contrarius iu
ri communi, vt in cap. accepta, de appellat. & ibi
Abb. num. 3. hoc notat ex illo tex. & in cap. vt pri-
uilegia, de priuileg. per quæ iura ita intelligit hâc
materiam Barth. Socin. cons. 43. num. 1. volum. 1.
sed in casu nostro nulla resultat absurditas si non
resoluatur cum non recedamus a proprietate ver-
borum, vt in dicta l. non aliter, ff. de legat. 3. igi-
tur, &c.

21 Octauo † facit, quia tunc regulariter resolui-
tur pluralitas in singularitates, quando subest ea-
dem ratio vnius, & multorum, vt plurimos alle-
gans resoluit Tiraquell. vbi supra, in d. l. si vnquã,
verbo, susceperit liberos, num. 260. sed in nostro
casu non subest eadem ratio in singulari; quæ in
plurali, vt ex supradictis patet, igitur, &c. Et cum
his me expedio ab hoc 1. art.

Deueniamus modo ad secundum articulũ prin
cipalem an acta antiqua, & sententiæ latæ in eis
obsint dictis Petro & Mariæ veris patronis. In
quo respondeo minimè eis nocere. Tum quia ipsa
nõ sunt à notario nec aliqua persona publica sub-
scripta, præcipuè intimatio vltimæ sententiæ, nec
habet rubricam aliquam notarij, quare videtur
nullam fidem facere. Tum etiam, quia dictæ duæ
vltimæ sententiæ, quibus diuiditur prædict. ius pa
tronatus, & applicatur dimidia pars ipsius patri
dictorum Petri & Mariæ, & altera dimidia matri
partium aduersarum sunt iniustæ, & notoriè ini-
quæ, quia sunt contra ius & expressam volũtatem
fundatorum, vt ex supradictis patet. Nam exi-
stente patre dictorum Petri & Mariæ nepte ex fra
tre nepoteque ex sorore fundatorum respectiue,
at verò matre aduersarum nepte ex sorore tantum
fundatricis, quæ qualitas aderat etiam in d. Patre
Petri & Mariæ, & insuper alia, scilicet, quòd esset
etiam neptis fundatoris, stãtibus dictis verbis fun
dationis iam suprà relatis, & iuris dispositione
supradicta, notoria iniquitas fuit diuidere præ-
dict. ius patronatus modo supradicto: quia in so-
lidum competebat dict. parenti Petri & Mariæ.
Tunc verò posset locum habere intentio contra-
ria quando non esset consanguineus simul vtrius-
que fundatoris: illo vero subsistente ita propin-
quo non video, quo pacto potuit ei auferri pars
vlla dict. patronatus, & alteri applicari. Quocir-
ca dictæ sententiæ iniustissimæ prorsus sunt tan-
quam notoriè repugnantes iuri, & voluntati ex-
pressæ fundatorum: maximè cum prior sententia
esset lata pro parte dictorum Petri & Mariæ, quæ
totum ius patronatus ei applicauit iuxta iuris di-
spositionem & voluntatem fundatorum. Vnde
magna culpa potest imputari dicto patri in nõ ap-
pellando ab vltima sententia aduersus eum lata,
vel in non prosequẽdo appellationem si aliquam
22 interposuit. Quo † casu sententia inter alios la-
ta non nocet tertio quamuis aliàs si victo imputa-
ri culpa non posset, noceret. Ac proindè prædict.
veri patroni possunt ius suum in iudicio deduce-
re, vt faciunt, non obstantibus dict. sententijs pri-
mò per text. expressum in l. si seruus plurium, §. 1.
ff. de leg. 1. vbi æquiparantur tres casus, in quibus
sententia inter alios lata, alijs non nocet. Primus
quando sententia fertur contra hæredẽ non agen-
tem causam: Secundus contra lusorie agentem:
Tertius & vltimus (qui pro nobis facit) quando
per iniuriam fuerit pronuntiatum nõ tamen pro-
uocauerit hæres. Quibus casibus, & si legata ma-
ximam dependentiam habeant ab hæreditate &
testamentum, super quo fuit litigatum, nihilomi-
nus sententia lata contra hæredem non nocet le-
gatarijs, nec culpa hæredis in non appellando: vt
constat ex illo text. expresse. Cuius hic est verus &
germanus intellectus, vt hi, scilicet, tres casus æ-
quiparentur ibidem, ita vt legatarijs non sit ne-
cessaria appellatio propter culpam hæredis: sed
quod consequentur ipso iure indemnes. Culpa
autem hæredis in eo versata fuit, in non agendo
causam, vel lusoriè agendo, vel non appellando:
Cuius culpæ ratione est vnica decisio illius tex. in
omnibus tribus casibus, vt in illis sententia non
noceat tertio (hoc est) legatarijs, licet eorum cau- 23
sa dependeat a prima: etiamsi ipsi non appellaue-
rint: quicquid alij dicant existimantes in duobus
tantum primis casibus legatarios consequuturi in-
dẽnes absq; remedio appellationis, scilicet, quan-
do sententia fuit lata contra hæredem non agen-
tem causam, vel lusoriè agentem. In vltimo verò
casu quando hæres fuit condemnatus per iniuriã,
& non appellauit, existimant non posse agere le-
gatarios contra victorem, sed contra hæredem vi-
ctum, qui non appellauit. Sed hic intellectus ex- 24
pressè videtur repugnare literæ d. §. 1. & eius veræ
fundamentali rationi. Quia licet dicti primi duo
casus simul decidantur ibidem, tertius quoq; ca-
sus, eodem verbo, quo primi terminatur, nempe,
non nocebit: præsertim cum in prædict. tribus ca-
sibus culpa hæredis non impetetur. Ita vere intelli-
git materiam hanc & illum tex. gl. ibi, in verb. non
nocebit in 2. intellectu: vbi postquam primo intel-
ligeret, quod hoc tertio casu sententia non nocet
legatarijs appellando, posteà tamen inquit, Imò
forte ipso iure non nocet. Et cum hoc intellectu
remanet glo. illa, secundum quam sententiam in 25
prædict. casu non nocet tertio cum quo res nõ fuit
acta, vbi hæres fuit in culpa, quod non appellaue-
rit a sententia iniusta contra se lata. Et hic intel-
lectus gl. est magis communiter approbatus, vt in
specie testatur Alex. ibi, nu. 4. idem Alex. in l. sæpe,
nu. 83. ff. de re iud. vbi expressim secundum hunc
magis eũdem intellectũ affirmat supradict. conclu-
sionẽ, in genere, vt sñia inter alios lata non noceat
tertio qñ potest imputari culpa victo, quòd non appel
lauerit: loquiturq; ibi Alexan. in materia in qua
alias noceret sententia tertio, si culpa victo impu-
tari non posset. Idem est igitur in nostro casu cum
pater dictorum Petri & Mariæ condemnatus fue-
rit per iniuriam (idest) iniustè, vt suprà proba-
tum est. Et in specie huius litis probatur, quia
habebat primam sententiã pro se: debebat igitur
appellare à tertia & prosequi suam appellatio-
nem. Cum igitur hoc non fecerit maxima culpa ei
impu-

imputari potest: & prædict. sententia non nocet
ipso iure tertio, (hoc est) dicto Petro & Mariæ se-
cundum dict. text. & eius magis communem in-
tellectum, qui in iudicando & consulendo sequen
dus est.

Secundò, principaliter, quòd d. sententiæ non
obsint supra dict. Petro & Mariæ propter culpam
commissam à patre ipsorum in nõ appellando ab
vltima sententia, probatur, quia ipse etiam si vel-
let expresse non posset dict. sententiæ iniustæ con-
sentire in præiudicium ecclesiæ (hoc est, capella-
23 niæ) Quia † patronus vnus non potest augere nu-
merum patronorũ consentiendo, vt alius, qui non
erat efficiatur patronus, quia agitur de præiudi-
cio ecclesiæ, quòd pluribus patronis subijciatur,
vt notabiliter tradit Dominicus de S. Gemin. di-
cens se ita consuluisse cum Domino Petro de An-
char. in c. 2. §. laici, in principio, de reb. eccle. non
alien. in 6. quem refert & sequitur Philip. Decius
cons. 149. num. 4. vbi ampliat, vt id procedat, non
solũ in patrono, in quo loquitur Dominicus, sed
etiam in quasi possessione iuris patronatus: Quia
tunc etiam militat ratio præallegata de præiudi-
cio ecclesiæ: quia talis possessor pro patrono ha-
betur quantum ad præsentandum in præiudicium
ecclesiæ vt ibi probat. Si ergo pater prædictorum
non poterat id expressè facere, nec consentire in
præiudicium ecclesiæ, multò minus nocebit eccle-
siæ, ipsiusque vero patrono tacitus consensus,
qui ex non interposita appellatione dicitur resul-
tasse potuit enim sibi tantum præiudicare, non ve
rò ecclesiæ, nec reliquis successoribus. Præcipuè,
quia lis illa olim agitata non videtur iuris vllum
habuisse effectum, nec valorem, quia eo tempore
non vacabat capellania, nec ei erat prouidendum
de capellano per patronum, quia viuebat capella-
nus nominatus à fundatoribus cui erat prouiden-
da necessariò, & fuit prouisa, atque collata per or-
dinarium. Itaq; nondum tunc temporis erat fa-
ctus locus nominationi fiẽdæ per patronum: quia
24 † quandiu adest nominatus per testatorem, cessat
nominatio facienda per patronum: & vocatus per
testatorem admittendus & præferendus est cæte-
ris, vt in l. cum ita legatur, §. fideicommisso, ff. de
legat. 2. Et sic ea lis continebat illo tempore ius
futurum, hoc est, præsentationem capellani fiendá
post mortem nominati per fundatores, vt expres-
sè fuit declaratum in prima sententia, & in cæte-
ris sub intellectum Tractus verò futuri temporis
non spectat ad iudicem, vt in l. non quemadmo-
dum, ff. de iudic.

25 Tertiò, † quòd dict. duæ posteriores sententiæ
non obsint, probatur, quia nullus ordinarius præ-
ter summum Pontificem, potest commutationem
vltimarum voluntatum facere, nec illas alterare,
vt in d. Clement. quia contingit, de relig. domib.
idque tantum potest Summus Pontifex de pote-
state absoluta (hoc est) de plenitudine potestatis,
non verò de ordinaria, vt inquit Bald. in l. si testa-
mentum, num. 1. C. de testamentis. Non igitur
potuerunt dict. iudices asserti apostolici diuidere
prædict. ius patronatus contra vltimam volunta-
tem fundatorum, præcipuè lata prima sententia
secundum eorum voluntatem: ac per consequens
non præstatur impedimentum, quod de iure non
sortitur effectum, vt in reg. iuris vulgata.

Vltimò pro complemento huius secundi arti-
culi, & præsentis allegationis, est aduertendum,
quòd prædictus Petrus, eiusque soror non agunt
in præsenti casu repræsentando personam patris,
sed petunt se admitti iure proprio; & ex propria
persona, quia sunt consanguinei proximiores fun
datorum, & sic vocati ab ipsis ad hoc ius patro-
natus. ibi, *El pariente mas propinco,* &c.
26 Et † qui habet propriam vocationem non eget
repræsentatione patris, sed tanquam principali-
ter vocatus admittendus est, vt in successione ma-
ioratus concludit Paul. de Castr. cons. 164. lib. 2.
Abb. cons. 85. lib. 1. Soc. in l. si cognatis, num. 5. ff.
de reb. dub. Alexan. cons. 4. num. 14. volum. 4. Cæ-
pol. cons. 54. num. 3. Bertrand. cons. 314. colum. 4.
lib. 4. August. Bernius cons. 84. nu. 73. lib. 2. Ema-
nuel Costa in q. patrui & nepot. pag. 111. versic.
quartò non obstat, Decius consil. 369. num. 1. &
alij plurimi.

Quò fit, vt prædict. fratres debeant declarari
pro veris patronis huius capellaniæ in solidum, &
admitti sua præsentatio: maxime cum sit proba-
tum quod eorum pater absentiam fecerit ab hac
ciuitate, octo; vel nouem iam elapsis annis, &
erat senex decrepitus & infirmus, crediturq; iam
publicè & certò mortuum esse ex rationibus vero
similibus, à testibus super hoc deponentibus assi-
gnatis. Itaque nescitur vbi sit, dato quòd esset
viuus.
27 Quo † casu sicut in electione vocatio generalis
per edicta facta in ecclesia, vbi fieri debet electio
sufficit, & non comparentibus parat plenum præ-
iudicium, vt in cap. fi. vers. vocationem, & ibi doc.
de elect. lib. 6. Idem erit in præsentatione, vt tenet
glo. ibi, verb. electionem, in fi. quam sequitur alios
allegas Rochus de Curt. de iure patro. verbo, ho-
norificum, num. 69. fol. 24.

Ergo cum in præsenti processu fuerit reseruata
hæc forma, vt constat ex ipso, consequens est, vt
quamuis ipse pater viuat, ipsi sit paratum plenũ
præiudicium, maximè, & a fortiori, quod publice,
& pro certo habetur esse iam mortuum.
28 Confirmantur supra dicta: quia † licet quilibet
præsumatur viuere centum annos, vt in l. fin. cum
simil. C. de sacrosan. eccles. hoc tamen procedit, &
intelligitur, quoties probatur, illum de cuius vita
agitur fuisse natum intra centum annos nondum
elapsos. Ita expresse tenet, & intelligit Raphael
Cuman. cons. 43.
29 Sed † in præsenti casu hoc non probatur: imò
ex nostra parte est probatum quod ille erat senex
& infirmus. Insuper & mors per famam & longá
absentiam in partes longinquas probatur: igitur
hoc sufficit, vt habeatur pro mortuo, quãdoquidẽ
non agitur de eius successione iuxta gl. 1. in l. si q-
dem, C. sol. matr. & ibi Cyn. & Bart. num. 2. idem

Bart in l.2.§.sed si dubitetur, num.2. ff. quemad. testam.aper. Salic.in d.l.si quidem,nu.5. Marant. in repet.l.is,potest,num.173.& sequentibus,ff.de aeq.haered. Petrus Dueñas in regula 299.limit.9.

30 Et † haec probatio per famam habetur pro veritate plena,secundum Addit.Barr.in d.l.siquidem, plura allegantem,& est optima l.regia 14.tit.14. partit.3.in versic. *E dezimos, ponderando*, quòd ibi tempus decennij ponitur gratia exempli pro longo tempore,vt constat ibi. Assi como diez años. Item probatur expressius ex eadem l.inferius, ibi, *Que murio de poco tiempo aca, assi como de cinco años ayuso*. Nam tempus intermedium à quinque annis vsq; ad decem longum dicetur.

31 Nam † quod tempus dicatur longum, & quod modicum relinquitur arbitrio Iudicis, text.in l.si ita quis.§.Seia cauit,in fine,& ibi gl.in verb.tempore,ff.de verbo.oblig. Tiraq.late in l.si vnquam, in verb.omnia,vel partem aliquam,num.31.pag. 575.in princ.C.de reuocan donat praecipuè cum d.l.regia loquatur, quando agitur de successione absentis,& sic de praiudicio pecuniario, hic verò de leuiori.

Non obstat, quod aduersae partes allegant, & probare nisae sunt,scilicet,se esse in possessione dimidiae partis huius patronatus ex perceptione antiqua dimidietatis salarij patrono assignati per fundatorem.

32 Quia † in proposito non acquiritur quasi possessio ad praesentandum,nisi ex vnica praesentatione facta bona fide, quae sortita fuerit plenum effectum,& cõfirmata,vt bene probat Roch.de Curt. in dicto tract.de iure patronatus, in verb. competens alicui,num.34.& sequent.fol.39. vbi congerit quatuor requisita ad hoc, vt ex vnica praesentatione acquiratur quasi possessio iuris patronatus. Sed partes aduersae nec eorum mater vnquã praesentauerunt: nullam ergo possessionem, vel quasi,saltem considerabilem in proposito habere dicuntur: ac per consequens ex omnibus supra dict.cessat omnis earum allegatio,& intentum.

33 Nec † obest, quòd ille, qui in alijs actibus patrono competẽtibus fuit in quasi possessione,praesumitur etiam esse in possessione praesentandi secundum Ioan.Andr.in capit.quod alicui, in fi.de regul.iur.in Merc.Federic.de Senis consi.234.incip.super primo puncto, in penult.col.in fi.Abb. in capit.1.per illum text.de relig.domib. quos refert & sequitur contra Rom.consi.368.incip. praesens consultatio,Roch.de Curt.vbi sup.nu.39.

Quia respondeo,quod licet hoc verum esset cõtra Rom.vbi sup.& Arch.in c.1.de iur.patr.lib.6. qui etiam videtur tenere contrarium, procedit quando non constat, quod ius patronatus pertineat ad alium:quia tunc praesumendum est, quod pertineat ad illum,qui exercuit vnum ius competens patrono tantum. Aliàs enim si constaret de iure alterius, quia haberet intentionem suam fundatam in iure communi,etiam si non sit in possessione, praefertur in illo actu,in quo alter nõ habet possessionem,licet habeat eam in alio. Ita expressè tenent Ioan.Andr.Abb.& Feder. vbi supra, & Roch.etiam vbi sup item & Caesar Lamber.de iure patr.art.4. 1.q.princip.2.part.lib.1.per totum articulum,praecipuè,nu.3.fol.175.

34 Facit † etiam alia limitatio relata à Roch. vbi sup. Vltimo cõprobantur superiora,& à fortiori, quia etsi alias praesentatus ab eo qui est in possessione iuris patronatus praefertur praesentato à proprietario,sicq; vero domino, vt cum Abb. & alijs tenet Roch.de Curt. in d.tract.verbo, competens alicui,num.45.& Roland.a Valle,consi.47.num. 28.lib.1.

Non tamen praefertur cum constat clarè praesentationis tempore de iure domini,arg.text. in cap. cum dilectus,de cau.poss.& propr quo tex. adducto sic ita censuit Abb.in c.consultationibus,de iur. patr.quod probat & Dec.cons.249.num.2.in fi. Rip.& Neuizanus, cosq; referẽs Iacob.Menoch. de recuper.poss.1.remed.nu.120.fol.20.ad fi.& ante eum Roch.d.num.47.

SVMMARIA.

1 *Religiosi exempti a solutione decimarum non tenentur eas soluere de nutrimentis animalium suarum.*

2 *Religiosis societatis Iesu Paulus III. Pontifex Maximus concessit ne soluerent decimas. idem concessit eisdem Pius V.nu.7. quibus locis refertur tenor priuilegiorum.*

3 *Verba: alijs bonis, quibuscunque priuilegij Pauli III. sunt vniuersalia & omnia includunt.*

4 *Verba generalia simplicia habent vim specialis concessionis,etiam in casibus,vbi nominatio specifica requiritur.*

5 *Generalis dispositio legum, vel statutorum includit omnes casus,licet in vno maior ratio esse videatur.*

6 *Concessio exemptionis vniuersalis geminata tantum operari debet, ac si specialis expressio omnium onerum facta extitisset: & casus dissimiles, & maiores expressis comprehendit.*

8 *Summus Pontifex potest concedere aliquibus personis, priuilegium de decimis non soluendis.*

9 *Verba illa concessionis: à quibusuis decimis etiam Papalibus,generalia & vniuersalia sunt,& omnes casus includere videntur.*

10 *Verba priuilegij quando generalia sunt,proprie, vt sonant sunt intelligenda.*

11 *Verba quando sunt generalia omnis interpretatio restrictiua dicitur contra proprietatem verborum.*

12 *Verba vbi sunt perspicua debent intelligi secundum propriam significationem: quia in priuilegio siue extra non mutant suam significationem, nec debent alterari.*

13 *Verba illa,eximimus, & liberamus,in priuilegio posita semper induцunt exemptionem ab ordinario, quamuis eius nulla mentio fiat.*

14 *Verba illa: praedialibus,& personalibus,& illa,res, & bona quaecunq; apposita in concessione Pij Quinti, demonstrant priuilegium non tantum esse personale,sed etiam reale, concessum quibuscunque bonis societatis Iesu.*

15 *Pri-*

15 *Priuilegium de non soluendis decimis, quamuis in dubio debeat strictè interpretari, secus tamen erit quando aliud constat ex tenore priuilegij, nam is semper obseruandus est.*

16 *Verbum indulgemus, strictè debet interpretari.*

17 *Priuilegium de non soluendis decimis intelligitur, & restringitur de bonis præsentibus tempore priuilegij, secus de futuris: & quomodo hoc intelligatur & numero sequenti.*

18 *Mentionem fieri non oportet de dispositione iuris communis in priuilegio Papæ.*

19 *Religiosi priuilegiati, vt non soluant decimas, ipsas soluere non tenentur de animalibus, quæ ab eisdem, vel suis sumptibus, & eorum nomine nutriuntur, neque de fœtibus eorum.*

20 *Decima non est soluenda de dote monasterij.*

21 *Decima non est soluenda de bonis subrogatis in locum dotis monasterij.*

22 *Bona permutata cum liberis & franchis à solutione onerum, libera existunt a prædict. oneribus.*

23 *Nomina verbalia requirunt frequentiam actus, neq; in vno actu verificantur.*

24 *Ordo religionis societatis Iesu noniter est institutus, annis quinquaginta nondum elapsis, & à sancta Sede Apostolica est approbatus, vt refertur in sacrosancto Concilio Tridentino.*

CONSILIVM QVINTVM.

PRAESENS consultatio est, an collegium societatis Iesu teneatur soluere decimam de fœtibus ouium, quas acceperunt io solutum à quodam suo debitore, qui booa decoxerat, vt in securo portu nauigarent, & de arietibus à se emptis pro nutrimento, atque alimonia religiosorum eiusdem collegij? Et visis iuribus & allegationibus vtriusque partis, mihi de iure videtur respondendum, prout respondi, dictos religiosos ad id non teneri sequentibus fundamentis.

1 Primò, † per text. expressum io cap. ex parte, el primero, de decim. vbi probatur, quòd religiosi exempti à solutione decimarum non debent, nec tenentur soluere decimas de nutrimentis animalium suorum, & ibi gl. & Doct. intelligunt de animalibus, quæ nutriunt, Rebuff. in tract. de decim. quæst. 8. num. 12. intelligit de pullis, equis & fœtibus, quę animalia religiosorum nutriunt, vt non teneantur religiosi decimas soluere de ouibus, & vaccis, sed nec de ipsis fœtibus, quæ ista animalia nutriunt. Quod etiam probat expresse l. 4. titu. 20. par. 1. in versi. si. ibi. *E otrosi, no deuen dar diezmo de las huertas que ouieren, ni de los ganados que criaren.* Quod autem prædict. religiosi sint exempti à solutione decimarum statim apparebit.

2 Secundò, † ex bulla Pauli III. Pontificis maximi ipsis religiosis societatis Iesu peculiariter concessa 15. Calendas Nouembris, Anno 1549. Cuius verba in proposito oostro ita se habent: Concedentes ipsis socijs, vt de ijs quæ in ornamentis, aut pro eis, aut libris, fabrica, luminaribus, seu pro victu, vel indumentis eorum, nec non pro annuis censibus redimendis, ad quorum solutionem aliquæ domus societatis prædictæ obligatæ forsan existant, ac de domibus & collegijs, ac eorum prędijs, hortis, alijsque locis eisdem socijs iuxta eorum viuendi institutum haberi concessis, aut de his, quæ sibi pro huiusmodi rebus, domibus, collegijs, prædijs, locis & hortis emendis per quascunque personas pro tempore largiri, aut relinqui contigerit, & alijs bonis quibuscunque per dictam societatem, & ipsius collegia possessis, &
3 obtentis aliquam decimam etiam Papalem soluere, seu canonicam portionem exhibere, seu ad præstationem procurationum legatorum prędict. sedis, vel nuntiorum ipsius, aut ordinariorum locorum, aut exactionum, collectarum, seu subsidiorum, vel prouisionum quorumcunque minimè teneantur, nec ad id per literas eiusdem sedis, aut legatorum, aut nuntiorum seu diœcesanorum prędictorum cuiuscunque tenoris fuerint, vllo vnquã tempore compelli possint, &c. Et iterum, ibi, & bona quæcunque, Et habet clausulam derogatoriam generalem, non obstantibus constitutionibus, & ordinationibus, ac iuramento, confirmatione Apostolica, vel quauis firmitate roboratis, statutis vel consuetudinibus, &c. Verba enim illa, & alijs bonis quibuscunque, sunt vniuersalia & omnia includunt, vt in l. omnes, C. sine cens. vel reliq. & in cap. solitæ de maior. & obedient. Est enim dictio, quæcunque, multum vniuersalis, vt est tex. in l. 1. §. quod autem, ff. de vi, & vi arma. notat gl. in l. si quid earum, §. interemptum, ff. de leg. 3. & in eisdem propè terminis tradit Barthol. Soc. cons. 297. num. 5. vol. 2.

4 Et † verba generalia simplicia habent vim specialis expressioois, etiam in casibus, vbi nominatiq specifica requiritur, vt tradit Curt. Seoior con
5 si. 49. Crauet. coos. 294. & 297. Item † generalis dispositio legum, vel statutorum includit omnes casus, licet in vno maior ratio esse videatur Tiraquel. de vtroq; retract. tit. 1. glo. 14 num. 101. fol.
6 106. & nu. 102. ampliat etiam in odiosis. Et † vniuersalis geminata exemptionis concessio tantum operari debet ac si specialis expressio prædict. omnium onerum facta extitisset, & casus dissimiles & maiores expressis comprehendit, vt cum alijs resoluit Laurentius Syluanus cons. 66. nu. 13. & 14. & cons. 88. nu. 4. & 5. lib. 2.

7 Tertium † & præcipuum fundamentum est, ex alia bulla, & priuilegio nouissimo ad idẽ concesso à fœlicis recordationis Pio V. Pontifice maximo. Cuius verba ita se habent, Vniuersam societatem, omniaque, & singula illius domus probarionis, & collegia, vbilibet consistentia, præsentia & futura, eorumq; personas, fructus, redditus, prouentus etiam bonorum ecclesiasticorum secularium, & regularium quorumcunque illis pro tempore voitorum, aliasque res, & bona quæcunque, a quibusuis decimis etiam Papalibus, prædialibus, & personalibus, quartis, medietatibus: & alijs fructuum partibus, subsidijs etiã charitatiuis, & alijs

ordinarijs oneribus etiam pro expeditione con-
tra infideles, defensione patriæ, ac aliàs quomodo
libet, etiam ad imperatorum, Regum, Ducum, &
aliorum Principum instantiam pro tempore im-
positis, etiam si in illorum impositione caueatur,
quòd nulla prorsus exemptio cuiuscunque aduer
sus illa suffragetur, ita quòd societas eiusque do-
mus collegia, fructus, res, & bona præfata semper
ab alijs absque declaratione de superfacienda ex-
cepta sint, & esse censeantur, perpetuò liberamus
& eximimus. Et infra in fine bullæ adest clausula
derogatoria, non obstantib. præmissis, & quibus-
uis cancellariæ apostolicæ regulis, & præsertim
de non tollendo iure quæsito.

8 Notissimum † est autem in iure summum Ponti
ficem posse concedere aliquibus personis priuile-
gium, de decimis non soluendis, iuxta glossam
optimã communiter approbatam in c. à nobis. ver
bo, exemptus, de decim. vbi dd. communiter, signã
ter Abb num. 4. similis, in c. de decimis, §. si ergo,
vers. Paschalis. 16. quæst. 1. cum quibus se habet
communis omnium sentẽtia teste Soci. cons. 297.
nu. 4. vol. 2. Couart. lib. 1. var. resolu. c. 17. n. 9. se-
quitur plures referẽs D. Didac. Perez in l. 1. tit. 5.
li. 1. ordin. col. 206. vers. præterea dicit etiam com
munem Menchac. li. 2. controuers. illust. c. 89. nu.
11. estq; recepta à theologis vt probat Petrus Ara
gon. 2. 2. q. 87. nu. 1. & 2. & communem profitetur
eam sequutus D. Sahagun. in c. decernimus, nu.
158. de iudic. vbi bene infert nu. 159. Et confirma
tur ex pluribus decisionibus, quæ horum, & simi-
lium priuilegiorum mentionem faciunt, vt per tõ
tum de decim. maximè in c. ex multiplici. & in ca.
ex parte, el 3. & per totum de priuile. maximè in
ca. si de terra. & in c. accẽdentibus, cum simil. opti
ma l. 2. & 23. tit. 20. p. 1. vers. Otro si las ordenes
sino fueren excusadas por priuilegio del Papa,
&c. Nec oberit vulgaris assertio, quòd decimæ
debentur à iure naturali, & diuino, quia hoc in-
telligitur, quo ad congruam sustentationem, non
quo ad quantum: quãtum enim decimæ iure pon-
tificio & humano persoluitur, & huic potest Sum
mus Pontifex derogare.

Et cum tenor priuilegij ante omnia diligenter
ponderandus, & inspiciendus sit iuxta text. in ca.
recipimus, & in cap. porrò, de priuileg. in primis
pondero verba illa, à quibusuis decimis etiam pa-
9 palibus, &c. Quæ † quidem generalia, & vniuersa
lia sunt, & omnes casus includere videntur. Iura
sunt vulgaria in cap. si Romanorum. 19. distin. in
10 c. solitæ, de maiorit. & obedienr. Et quando † ver
ba priuilegij sunt vniuersalia, propriè & vt sonãt,
sunt intelligenda, vt in terminis, in similibus pri-
uilegijs exemptionis, notat Angel. in l. fi. vers. ter-
tio quæritur, ff. de constit. princ. sequitur Decius
11 allegans alios, cons. 113. num. 6. Et quando † ver-
ba sunt generalia omnis interpretatio restrictiua
dicitur contra proprietatem verborum, vt docet
12 Bald. cons. 271. col. 2. vol. 1. Et vbi † verba sũt per
spicua, intelligi debent secundum propriam signi
ficationem: quia siue in priuilegio, siue extra non
mutant suam significationem, nec debent altera-
ri, ca. ad audientiam, vbi Abb. notabil. 1. & 2. de
decim. l. cum lege. ff. de testa. latè & eleganter Re-
buff. d. beneficio. 1. par. tit. de decim. priuileg. &
rescript. nu. 8. Et si ad verba supra relata respicias
omnia sunt generalia, & comprehendentia no-
strum casum.

13 Præsertim † pondero verba illa eximimus, & li-
beramus quæ in priuilegio posita semper indu-
cunt exemptionem ab ordinario, quamuis eius
nulla mẽtio fiat, optima glossa in c. cum olim, el.
1. verb. diœcesani, vbi notat Abb. num. 6. de priui-
leg. tex. in c. 1. §. ex parte de conces. præb. in 6. no-
tant dd. Ioan. And. & Bal. in c. dudum. vbi Abb.
n. 1. de priuileg. & melius idem Abb. in c. causam
quæ el 2. nu. 5. versi. ego. distinguerem. de testib.
Paulus Paris. cons. 22. nu. 8. volu. 4. Pro quò facit
tex. in c. 1. de constit. in 6. vbi quod Papa iura om
nia in scrutinio pectoris sui censetur habere: item
quia derogat regulæ de iure quæsito non tollen-
do, ergo manifestissimè derogat iuri ordinarij.

14 Tãdem † põdero verba illa, prædialibus, & per-
sonalibus, & infrà: res & bona, quæcunque, & ite-
rùm, res & bona præfata, &c. Ex quibus patet,
quòd hoc priuilegium non tantùm est personale,
sed etiam reale concessum quibuscunque bonis,
& rebus societatis. Vnde omnia intelliguntur exẽ
pta à decimarum præstatione, gloss. magistra. in
clemen. 1. verb. exoluendas ad fi. de decim. quam
ibi sequuntur dd. Cardin num. 21. Ioan. de Imol.
nu. 14. & est communis sententia secundum So-
cin. consi. 297. nu. 6. vol. 2.

15 Et ex suprà † dictis patet responsio ad illud,
quod dici solet, priuilegium, de non soluendis de-
cimis debere strictè interpretari, cum sit stricti iu-
ris, & in præiudicium tertij. Nam resp prædicta
vera esse in dubio, secus si aliud constat ex tenore
priuilegij, nam is semper obseruandus est, vt dixi
suprà: & præterea probatur in ca. quamuis de re-
scrip. in 6. & in d. cap. porrò, & in c. recipimus, de
priuileg. Et voluisse summum Pontificem præ-
iudicare cuicunque tertio ius habenti in decimis,
notum est ex supradictis verbis bullæ, respondet
Decius consilio 113. numero 7. Rebuff. de decim.
q. 13. nu. fi. & patet manifestè ex d. clausula dero-
gatoria, præsertim illa, regulæ, de non tollendo iu
re quæsito. Item cùm deroget iuri alterius cum
clausula derogatoria alterius exemptionis, scili-
cet, quod nulla prorsus exemptio aduersus illa
cuiquam suffragetur, à fortiori videtur derogare
iuri ordinarij illam non habentis.

Item ex supradictis patet responsio ad doctri-
nam, & decisionem Oldra. consil. 268. quæ vide-
tur contradicere omnibus supradictis, quem re-
fert, & sequitur Felin. in cap. causam quæ, nu. 11.
de rescrip. Quia Oldrad. loquitur in casu diuerso
à nostro; quia priuilegium de quo ille, continebat
verba nimis limitata & stricta, scilicet, authorita-
te præsentium indulgemus, vt ad præstationem
decimarum minimè teneamini: quæ quidem ver-
16 ba indefinita sũt, & nimis stricta. Verbum † enim,
indul-

indulgemus, strictè debet interpretari iuxta nota-
ta per gl. in l. fi. vbi Bart. C. de sententiam pass. De-
cius d. consi. 113. nu. fi. Et ideò non mirum, si non
derogetur ibi iuri ordinarij, at in nostro priuile-
gio sunt verba vniuersalia fœcunda, & geminata,
vt patet: & loquitur Summus Pontifex non indul-
gendo, sed liberando, & eximendo bona societa-
tis à quibusuis decimis prędialibus, personalibus,
&c. Et derogans iuri acquisito alterius, etiam si
in illorum impositione caueatur, quòd nulla pror
sus exemptio aduersus illa cuiquam suffragetur,
&c. Itaque non est dubium quin si Oldradus scri-
beret viso hoc priuilegio Societatis Iesu, hanc sen
tentiam firmaret, prout fecit Decius d. consi. 113.
Paul. Paris. consi. 22. nu. 10. cum sequent. vol. 4. &
Rebuff. de decim. q. 13. nu. 32. qui quidem in pri
uilegio strictiori loquuntur. Fundamentum enim
Oldradi, vbi suprà in verbis limitatis priuilegij
nititur: & ita eum intelligit Rebuff. de decim. q.
13. in fi. in dubio. Sed quando certum est Papam
voluisse derogare iuri terti j, secundus est tenor
priuilegij, vt in d. c. quamuis. de rescrip. in 6. cum
17 similibus. Cōtra † supradicta minimè obest tex. in
c. penul. incip. nuper, de decim. vbi probatur, ꝙ
priuilegium de non soluendis decimis intelligi-
tur, & restringitur de bonis præsentibus tempore
priuilegij: secus de futuris, quia de illis aliàs pri-
uilegiati teneotur soluere decimas, maximè cum
bulla supradict. Pauli III. dicat de alijs quibuscun
que bonis per d. Societatē, & ipsius collegia pos-
sessis. Nam his verbis d. bulla videtur concorda-
re, & debere intelligi iuxta ius commune, scili-
cet, de bonis quæ tunc Societas possidebat, non
verò de posteà acquisitis, eum non dicat, siue pos-
sidendis: & hoc solo fundamento tanquàm fortis-
simo nititur pars aduersa. Nam illi text. pluribus
modis satis fit. Primò, quòd loquitur in priuile-
gijs concessis ante concilium generale, quod fuit
habitum Anoo Domini 1255. Pontificatus Inno-
centij III. Anno 17. vt in l 4. titu. 20. p. 1. quàm l.
in numero annorum emendat Couar. lib. 1. Var.
resolu. c. 17. nu. 5: Quæ quidem priuilegia per con-
cilium generale suprà dictum fuerunt restricta, &
limitata ad possessiones siue prædia tantum præ-
sentia. At priuilegium hoc, de quo noster est ser-
mo, fuit concessum his religiosis multò post, scili-
cet, Ann. 1549. cum derogationibus suprà dictis
18 & sic eo derogatur iuri communi. De quo in d. c.
penul. iuxta ea, quæ tradit Alex. consi. 195. num.
12. vbi tenet, non oportere fieri mentionē in pri-
uilegio Papæ de dispositione iuris communis. &
ita intelligit Abb. d. c. penult. in 3. notab dicens,
Tertio nota, quòd priuilegia omnium religioso-
rum de decimis non soluendis collata ante tem-
pus huius concilij sunt reuocata hodie, quoad
possessiones acquisitas post hoc concilium: & ita
intelligit text. in d. c. ex parte, el primero.

Item text. in d. cap. loquitur in decima prædio-
rum de nouo acquirendorum: nos verò de his nō
agimus, sed ne animalibus: quorum ratio diuersa
est, quia sunt se mouentia: vnde ad ea non debet
extendi dispositio d. c. pen. cū sit limitatoria & cor
rectoria priuilegiorū. Et verba bullæ Pauli III. su
pra relata, ibi possessis, intelligi debent, quocun-
que tempore, vt latissimè interpretētur iuxta text.
in cap. quia circa, de priuileg. qui text. loquitur in
hac materia decimatum. Idque probari videtur
in alijs verbis inferioribus d. bullæ, ibi, vllo vn-
quàm tempore compelli possint. Per quæ, cùm sint
perspicua, intelligi debent superiora dubia; ma-
ximè quia alias priuilegium redderetur minus
vtile, vel prorsus inutile, atque illusorium.

19 Tertiò † respondeo, quòd quicquid sit in præ-
dijs de nouo acquisitis post dictum priuilegium,
in animalibus tamen, quę ab eisdem, vel suis sum-
ptibus, & eorum nomine mittuntur, & fętibus eo-
rum non est dubium, quia de eis nulla debetur
decima à prædictis religiosis sic priuilegiatis, vt in
d. cap. ex parte el 1. & expressius in d. l. 4. regia in
fine. Vbi non obstante dispositione text. in d. c. pe-
nul. & ipsius restrictione, quæ transcribitur in d. l.
regia, d., *que del ganado que criaren* (& sic loquitur
in futurum) *no deuan ni paguen diezmo*. Quod con-
sonat d. iuri canonico, text. in d. cap. ex parte, el 1,
& ibi doct. & Rebuff. vbi suprà, idem de iure de-
cidentes. Et vbi sunt Summi Pontificis priuilegiū
iuris canonici, & regia expressa dispositio non est
cur resistatur.

Quartò respondeo, quòd licet omnia suprà di-
cta cessarent, prout non cessant, adhuc alia ratio-
ne, text. in cap. penult. minimè poterat in nostro ca
su intelligi: quia pręd. oues acceptę fuerūt à pręd.
religiosis in solutum pro debito & censibus pro-
cedentibus à dote fundamentali d. monasterij, si-
ue collegij Societatis Iesu: hocque non negatur,
quia apertum est sicque subrogatæ sunt in locum
20 d. dotis. Et † ita sicut de ipso censu, si nunc exta-
ret, non esset soluenda decima, nec vnquàm solu-
ta fuit: quia erat dos, qua fundatum sit d. mona-
sterium, vt in d. priuilegio, & in d. c. penultimo
cauetur. ibi, nisi fortè pro monasterijs nouiter fun
dandis, & ibi expresse glos. verb. nouiter & in d. l.
21 4. tit. 20 par. 1. eodem † modo solui non deber de
dictis onibus vlla decima ratione subrogationis,
cùm subrogatus sortiatur naturam sui subrogati,
& à lege fit ipsa subrogatin in locum bonorum &
rerum dotalium collegij, vt in terminis exemptio-
nis à solutione decimarum in rebus permutatis
voluntariè cum dote monasterij tradir, & probat
benè Bartholom. Socin. consil. 268. nu. 4. volum.
2. idem Socin. d. consi. 297. num. 6. vers. confirma
tur ista resolutio, volu. 2. Pro quo conducunt, quę
penè in proposito tradit Lucas da Peña in l 1. col.
4. & sequentib. versic. sed quid in quæstione de fa-
cto, & maxime num. 20. & 23. C. de imponend. lu
cra. descrip. lib. 10. quem refert & sequitur, & be-
nè probat Laurentius Syluanus consil. 66 num.
15. lib. 2. vbi loquuntur in rebus permutatis cum
alijs liberis & franchis à solutione onerum, quòd
cùm sint subrogata in locum ipsorum, libera quo-
que existantà præd. oneribus. Ergo à fortiori idē
erit, quando permutatio, siue datio in solutum fit,
& ac-

& accipitur iusta subsistente causa, imò necessaria, prout in proposito contigit, ne collegium sua dote priuaret, & defraudaretur, prout fieret si ex tempore sibi nó prouideret accipiendo præd. oues in solutum, quia debitor multis debitis erat onustus, atque implicatus, plus enim debebat, quam in bonis haberet.

Nec potest iuridicè affirmari, collegium habere pro negotiatione præd. oues & arietes, cum cóstet de præd. causa rationabili acceptionis, nec vnquàm id fecerit, nec habuerit similem cósuetudinem, sive tractum emendi ad reuendendum, vt inde lucrum caperent. Quod si præd. arietes emerunt fuit in eorum alimoniam, & sustétationem, atque prouisionem, quod licet.

13 Et etiam si id † fecissent causa mercantiæ, & lucri faciendi adhuc pro vna vice non potest dici negotiatio, nec tractus, cum præd. nomina sint verbalia, quę requirunt frequentiam actus, nec in vno verificentur, iuxta latè tradita, & recollecta per Benuenut. Anchonit. in suo tractatu de mercatu. in princip. nu. 6. & sequent. & ante eum per Bald. de Perusio. in tract. de constit nu. 8. vol. 5. tract. diuers. doct. Cepo. in l. 1. §. idem Iulianus. n. 20. & seq. ff. de ædilit. edict.

Vltimò omnino corruit difficultas considerata d. c. penultimi ex verbis bullæ Pij. V. supra relatis ibi, collegia præsentia, & futura, eorumque personas, fructus, &c. & ibi, & bona, quæcunque. Ex his enim verbis iam clarè liquet non solum bona acquisita sed etiam in posterum acquirenda per collegia societatis Iesu libera fore à solutione decimarum, quandoquidem eximit collegia præsentia & futura & bona quæcunque. Et præterea hac inconuincibili ratione probatur priuilegia præd. & apostolicas concessiones debere intelligi de bonis quęsitis post dict. concilium generale, de quo in dict. c. penul. de deci. imò nó pos-
14 se intelligi de antea acquisitis: † quia ordo hic religionis Societatis Iesu nouiter est institutus annis quinquaginta nondum elapsis, de quo & ipsius approbatione à sancta sede apostolica mentionem fecit sanctum concilium Trid. sess. 25. c. 16. At verò concilium illud generale, de quo in dict. cap. pen. multis anni. retro fuit celebratum vt sup. est dictum. Necessariò igitur intelligenda sunt dicta priuilegia de bonis post prædictum concilium acquisitis: aliàs enim nihil proficerét, & essent inania, quod minimè dicendum est.

SVMMARIA.

1 *Possessione æqualiter probata inter duos, ille, qui habet titulum habet potiora iura.*
2 *Spoliatus ante omnia debet restitui.*
3 *Notorius defectus proprietatis impedit fieri dictam restitutionem.*
4 *Per inspectionem instrumenti dicitur constare notoriè de non iure agentis.*
5 *Notorium dicitur, quòd ex actis colligitur, & quicquid est probatum in iudicio.*
6 *Libro censuali antiquo alienius ecclesiæ creditur in præiudicium soluentis, dummodo reperiatur & conseruetur in loco non suspecto.*
7 *Per libros positos in archiuo publico ciuitatis probantur census & redditus ipsius.*
8 *Exceptio notorij defectus dominij, sed iuris agentis in possessorio tunc debet admitti cum notoriè constat copulatiue de non iure spoliati, & de iure spoliátis.*
9 *Coactus à iudice soluere debitum licet non ritè, solutũ non repetit, etiam si citatio defuisset, nu. 11.*
10 *Spoliatione facta à iudice, & bonis proprio domino traditis non fit reuocatio: secus si à priuato fiat spoliatio.*
11 *Ius canonicum nihil vnquam permittit cum peccato.*
12 *Remedia possessoria sunt periculosa in conscientia, si adest defectus proprietatis.*

CONSILIVM SEXTVM.


Viso processu inter dominos episcopũ decanum, & capitulum, diuino auxilio ex toto corde inuocato, mihi videtur pro domino episcopo contra capitulum iudicandum esse in præsenti causa præsuppositis probationibus vtriusque partis. Ex quibus hæc veritas elicitur, scilicet, quod tam episcopus quam decanus, & capitulum probant esse in possessione antiquissima percipiédi has decimas, super quibus litigatur non quidem pro dimidietate, sed vnaquæque pars probat insolidum percepisse, & sic probationes sũt directo contrariæ. Episcopus autem vltra possessionem, probat testibus instrumentis authéticis titulum percipiendi dictas decimas hoc modo, quod dictum prædium cuius decimæ deducuntur in processu, est de possessionibus episcopalis dignitatis (hoc est) de illis, quarum decimæ pertinent ad solam dignitatem prędict. Quia descriptũ est inter cęteras, eiusdem dignitatis possessiones, ad dictum effectum, vt illius decimæ soluantur episcopo: non autem descriptum est in inuentario possessionum ecclesiæ Sanctæ Mariæ, in quibus partem habent decanus & capitulum. Idque appatet oculata fide, ex inuentarijs prædict. possessionum Episcopi, & d. Ecclesiæ in processu productis atque ex archiuo dict. Ecclesiæ solennitate debita præuia extractis. Quibus reportorijs (vt probat Episcopus) semper adhibetur fides in iudicio, & extra, decimæque percipiuntur, & iubentur solui, & præterea quod non existente aliquo prædio, inter possessiones siue in repertorio possessionum cuiusdam Ecclesiæ, non possunt illius prædij decimas exigere nisi clerici in quorum territorio, & repertorio est descriptum, & quòd descriptio prædict. est sufficiens titulus ad percipiendas dictas decimas.

Quo sic probato iustitia dict. dignitatis fundatur ex doctr. Bar. in l. si duo nu. 4. vers. sed si vterque, ff. vti possi. vbi tenet, quod † probata æquali
1 possessione inter duos, ille, qui habet titulum, habet potiora iura, vt in l. 1. C. de edict. Diui Adria. tollend. text. optimus in cap. licet. de probat. in vers.

vers. ex præmissis igitur, ibi, maximè cum ijdem Fauentini iustum possessionis titulum non ostendant. Et inquit Barto. quod omnes hoc tenent: Quod etiam referunt, & sequuntur doct. in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquirend. poss. optimè id pluribus iuris subsidijs confirmãtes, præcipuè Ias. nu. 37. & sequent. Ormanos. nu. 45. Rub. 177. optimè Anto. Gomez in l. 45. Tauri. nu. 178. in quarta conclus. Batholom. Socin. cons. 98. nu. 15. volum. 4. præter alios in dict. cap. licèt.

2 Non obstat † allegatio capituli, qua solùm nititur, dicens fuisse spoliatum à præd. sua possessione percipiendi dictas decimas, præceptis, siue decretis iudicum dicti Episcopi absque aliqua cognitione causæ latis, quamobrem ante omnia petit se restitui, atque tueri in sua possessione absq; eo, quod agatur de petitorio quod suspendit, per tritam iuris regulam, quod spoliatus ante omnia debet restitui, vt in l. si quis ad se fundum, C. ad l. Iuliam de vi, & in c. 1. & in c. in literis, de rest. spoliat. & vtrobique & alibi communiter doct. & in l. fin. titu. 10. part. 7.

3 Nam respondeo, hoc non obstare tum ex supdictis: quia Episcopus probatam habet æqualem possessionem præter titulum & ita non potest dici spolium esse quod asserit dict. capitulum.

Tum etiam, quia licet verum spolium daretur, adhuc non esset fienda dict. restitutio postulata à capitulo: quia obest sibi notorius defectus proprietatis ex defectu tituli: quem titulum habet episcopus, vt ex processu apparet. Et † notorius defectus proprietatis, priuilegio vel alio simili titulo impedit restitutionem fieri spoliato: quia spoliatus non restituitur quando notoriè constat de nõ iure ipsius, & de iure contrario spoliantis, quo casu fallit & non procedit supradict. iuris regula, vt probat tex. in c. significasti de diuor. & in c. ad decimas de rest. spolia. lib. 6. & ibi gl. & docto. Innocent. in c. cõstitutus de filijs presbyt. idem Innoc. & Abb. in c. eum ecclesia Sutrina. nu. 56. de caus. poss. & propriet. idem Abb. in c. in literis. nu. 10. & 28. de rest. spo. sequuntur plurimi, & eos referent Aymon Crauet. cons. 305. nu. 6. & Auendañ. c. 4. præt. nu. 11. fol. 44. Socinus in regul. 379. incip. spoliatus. 11. & optime Celsus consi. 107. nu. 16. vbi allegat dict. c. ad decimas. & ibi Ioann. Monach. & Ioann. Andr. in nouella de rest. spoliat. lib. 6. idem Celsus consi. 119. nu. 6. vbi alios allegat. Et est communis sententia secundum Alex. nu. 14. Ias. 43. in dict. l. naturaliter. §. nihil commune, ff. de acquir. posses. vbi plures idem tenentes allegant. Quos & alios referens testatur magis communem Anto. Gom. in l. 45. Taur. num. 183. eandem communem appellat Couarr. in quarto desponsa. 2. parte. cap. 7. §. 5. nu. 9. 10. & sequent.

4 Perque † instrumenti inspectionem dicitur cõstare notoriè de non iure agentis, vt in proposito tradit Socin. consi. 87. num. 23. ad fin. vol. 3. quẽ refert, & sequitur Aymon vbi sup. inferens ex eo quod admitti debet exceptio proprietatis quando eius probatio impletur per solam productionem instrumenti, cui nihil opponi possit; sicut in in proposito contingit, cum aduersus prædict. instrumentum nihil, quod præster, oppositum fuerit, vt apparet ex processu, nec opponi possit, vt constat ex probationibus factis per dictum Episcopũ circa perpetuam obseruantiam dictorum instrumentorum, quæ possessionum dicuntur.

5 Et † quod per ostensionem instrumenti dicatur in continenti probari, tenet Bald. in l. 5. num. 1. C. de edict. Diu. Andrian. tollend. Decius, & eũ referens Roland. à Valle consil. 1. num. 30. vol. 1. Dicitur etiam notorium, quod ex actis colligitur & quicquid est probatum in iudicio secundũ Cels. dict. consi. 119. num. 6.

6 Pro † quo facit nam libro censuali antiquo alicuius ecclesiæ creditur in præiudicium soluentis, dummodo reperiatur, & conseruetur in loco non suspecto secundum Abb. per text. vbi in c. ad audientiam num. 4. de præscript. & ibi Additio. Roman. consil. 157. tradit. alios referens Auiles c. 19. præt. in glos. esten. nu. 13. fol. 186. Et licet in præiudicium tertij tantum semiplene probet, vt colligitur ex Roman. vbi supra & tenet præterea Mod. Paris. & cũ referens Menoch. de arbit. iud. lib. 2. Cent. 1. casu 3. num. 4. pagin. 138. de quo etiam est videndus Crauet. de antiquit. temp. 1. part. in cap. incip. quid in lib. officialis folio 80. & 81. Hoc tamen cessat in proposito, quia optimè probatum est, consuetudine integram fidem dari huiusmodi libris, & instrumentis possessionum tam in iudicio, quam extra.

7 Sic † etiam per libros positos in archiuo publico ciuitatis probantur census, & redditus ipsius secundum Auend. c. 51. præt. nu. 5. li. 1. fol. 133.

8 Confirmãtur † sup. dicta ex optime deductis per Iacob. Menoch. in 4. respon. causæ Finariens. nu. 31. vbi resoluit, quod licet exceptio notorij defectus domini seu iuris agentis in possessorio admitti debeat, & soleat secundum doct. in dict. §. nihil commune. Alexand. Dec. & Soci. in consilijs ibi per eum relatis, hoc tamen locum sibi non vendicat, nisi notoriè copulatiuè constet de non iure spoliati, & de iure spoliantis, vt in l. fin. C. de rei vend. secũdum plures doct. quos ibi refert, & prætereà sensit Abb. in d. c. in literis, nu. 10. & optime Soc. in dicta regul. spoliatus ante omnia. 11. fall. vbi limitat in patrimonialibus & beneficialibus, in quibus opponi potest de notorio defectu iuris ipsius agentis, etiam si non constet de iure opponentis, sequitur plures referens Ant. Corset. in 5. fall. d. regulæ spoliatus, & c. 14. tractatu diuers. doct. fol. 407. Sed in proposito nostro constat notoriè de non iure capituli per inspectionem instrumenti possessionum dictæ ecclesiæ Sanctæ Mariæ: vbi capitulum asserebat esse descriptum prædict. prædium, & tamen apparet euidenter non esse. Item constat notoriè de iure episcopi per inspectionem instrumenti suarum possessionum, vbi hę, super quibus agitur, sunt descriptæ: igitur nullo modo habet locum in proposito regula supradicta, scilicet, quòd spoliatus ante omnia sit restituendus

tuendus per supradicta. Et hoc modo intelligenda sunt latius tradita per eundem Menoch. respons. 1. num. 74. & sequent. vbi cum latissimè iure probauerit notoriam iniustitiam petentis restitutionem possessionis, eam impedire, respondet & satisfacit præcedentibus à nobis dictis: quia prædictæ ipsius responsiones, quamuis non plenè concludant in notorio defectu dominij, debent intelligi quando non constat simul, & copulatiuè de non iure spoliati, & de iure spoliantis secundum eundem authorem d. responso 4. num. 31. Socin. & Ant. Corset. vbi suprà.

9 Pro † eadem responsione ad intentum capituli est bonus text. non satis commendatus in l. fi. §. fin. ff quòd met. causa, vbi clarè probatur, quòd coactus soluere propter pœnas & mulctas iudicis non ritè impositas, si repetat solutum repellitur per exceptionem rei debitæ. Quem text. nobilem ad hoc dicit Bart. in l. à Diuo Pio, §. in venditione n. 1. 6. ff. de re iudic. & ibi Alexand. num. 5. & sequentib. & Magni faciunt relati per Mexiam in l. regia Toleti 9. fundament. 2. partis n. 4. f. 14. vbi numeris sequentibus plurima circa illum text. & ex eo notat & congerit, quæ in proposito conducunt: notat etiam & commendat valde Ripa in d. §. nihil commune num. 74. dicens esse text. ibi clarum pro sexta fallentia, quam ibi constituit ad regulam, quòd spoliatus ante omnia sit restituendus, à se prius positam num. 46. vt non procedat in spoliato per vim compulsiuam, referensque ex Alexandro, quòd tenuta nulliter concessa debet per iudicem confirmari, si petatur, & de iure petentis constet. Quam limitationem Ripæ plures authores, eam tenentes referens optimè probat & defendit idē Menoch. in primo remed. recup. possess. quæst. 10. num. 102. & sequentib. & Antoni. Corsetus optimè vbi supra, limitat. 32. dixi ego latius in meo tractatu de iuramento confirmat. 3.
10 parte cap. vlt. num. 7. & sequen. Fortius † vrget, quod ex d. l. fin. §. fin. notat Alberic. in l. si de vi. col. fi. ff. de iudicijs scilicet, quod si a iudice fiat spoliatio & bona domino proprio tradantur reuocatio non fit, vbi verò a priuato fit spoliatio, tunc fit restitutio, etsi spoliator de dominio in continenti probare vellet, quem refert & sequitur, latè probans differentiam inter hæc duo Menoch. in 8. remed. recuperand. posses. nu. 27. & sequentib. Et num. 28. rationem illam assignat ad illum text. ex aliorum interpretatione: quia ibi clarè constabat rem illius fuisse cui eam adiudicauit iudex, vel, quia ibi res cedebat in solutionem veri debiti. Quæ omnia in proposito nostro mire concinunt; cum episcopalis dignitas probatum habeat dominium harum decimarum; item & possessionem antiquam percipiendi eas. Ideoque mandata iudicum, quibus collectores compulsi sunt eas soluere ipsi dignitati, quamuis iuris ordine prætermisso decreta fuissent, sustinentur optimo iure, atque confirmari debent, non verò reuocari, cum constet de veritate debiti, proprietate atque possessione illius, cui solutæ sunt, per d. l. fi. §. fi.

Qui text. procedit etiamsi citatio defuisset secund. Paul. de Castr. in l. si cum nulla & ibi Alex. num. 8. ff. de re iudic. quos refert Auiles c. 10. prętor. in gl sentenciados, num. 1. in fine. fol. 149. Idemque satis constat ex adductis per Mexiam, vbi suprà. Quo fit, vt minimè dici possit cum vitio peruenisse possessionem harum decimarum ad dignitatem episcopalem conuentam, cum anteà multo tempore ipsa quidem dignitas iam possideret: quę possessio titulo supradicto adiuuata iudicis mandato cōformata fuit ac proinde, non reuocabilis.

11 Denique in fauorē dignitatis adducimus † canonicum nihil vnquam permittit cum peccato, capit. finali, de præscript. cap. Matthæus, de simonia. Canonis enim præcipuus scopus est, atq; vnicum propositum, vt fidelium animas Christo optimo maximo lucrifaciat: quia canon semper consulit animę glo. magna in cap. cum contingat, de iureiurand.

12 Sed † in conscientia sunt maximè periculosa remedia possessoria, nam nullo modo potest quis absque periculo animæ possessorio remedio agere, etiam si in eo bonum foueat ius, nisi & in iudicio proprietatis res ad eum pertineat, & aliter sciētet cognoscendo peccat mortaliter & ad omnes expensas, damna & interesse parti victæ tenetur, vt late beneque probat Dominus Franciscus Sarmito Episcopus Astoricen. lib. 2. Select. interpret. cap. 15. num. 5. & seq. vbi nu. 6. quod notorius defectus proprietatis excludit remedia spolij, & quod sic etiam aduocati, & procuratores eadem obligatione tenebuntur, si intelligant ex negotij iuribus, vel ex facto quod sibi aperte proponitur; actorem nullum fouere ius in negotio petitorij, licèt in possessorio ipso manifesta intentio actoris ostēdatur, & hoc manifestè appareat. Ergo cum causa hæc iure canonico decidenda sit; & in foro ecclesiastico, nullo pacto in fauorem cap. quòd solum in possessorio aduersus notorium ius proprietatis fundatur definiri potest, cum sit peccatum, iudexque ipse sicut aduocatus tenebitur in conscientia si aliud proferat: & restitutio non est facienda spoliato, vbi in eā imminet peccatū, vt cum Abb. tenet Ant. Corsetus, vbi sup. limitat. 36. Nec obstat si dicatur remedium reintegrandæ possessionis esse inductum, ne is, qui aliena occupauit in peccato mortuus liceat, vt considerāt plures doct. quia hæc ratio cessat in nostro casu cum non possit dici quòd dignitas episcopalis spoliauerit, quia anteà possidebat ipsa, vt probatum existit. Nō igitur vitiosus possessor est episcopus cum sit cum titulo: ac per consequens nec est in peccato, cum titulum & bonam fidem habeat, item & possessionem antiquam, quòd sensit Alciat. in l. rem, quę nobis, nu. 5. in fin. ff. de acquirend. possess. Rubeus cons. 4. num. 5. refert Menoch. 15. remed. recuper. possess. num. 92. fol. 144. Cessante ergo ratione supradicta, cessare debet & dispositio, vt in l. adigere, §. quamuis. ff. de iure patro. Tiraquel. in tract. de cessant. caus. in princ.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Filius originem propriam, vbi natus est, & paternam sequitur, eamque mutare non potest.*

2 *Appellatione ciuis in materia statuti, vel consuetudinis, vel alias stricta non comprehenditur nisi ciuis originarius, id est, ibi natus.*

3 *Forensis propriè dicitur ille, qui in loco natus non est.*

4 *Filius quoad honores & munera sequitur originem patris, & non matris, nisi ex alia causa ciuitati matris sit adstrictus.*

5 *Vulgo quæsitus sequitur originem maternam.*

6 *Filius sequitur originem matris, non vt matris, sed vt propriam quando in ea natus est, vel si ibi parentes constituerunt domicilium, non vero si casu transeundo mater ibi peperit filium, num. 7.*

8 *Vxor per matrimonium efficitur de foro & origine viri, & desinit esse propriæ originis.*

9 *Statuta disponentia de non admittendis in collegium doctorum, nisi sint ciues originarij, vel alias qualitates habentes, sunt benigne & non rigide interpretanda, ex quibus nullius præiudicium versatur.*

CONSILIVM SEPTIMVM.



Onsultus fui vtrum D. Salm. sit oriundus siue originarius Placētini episcopatus, eò quod mater ipsius fuerit nata in eo, cum tamen dum esset teneræ ætatis alibi perducta fuerit & extra episcopatum prædict. nupta patri d. Doctoris & coniuges ipsi perpetuum domicilium etiam extra semper habuerint, & dictus Doctor extra quoque d. episcopatum natus fuerit: necne? In quo dubio (saluo saniori iudicio) apertè iure demonstrabitur dictū D. Sal. minimè esse nec dici posse oriundum, vel originarium dict. episcopatus Placentini ex sequentib.

1 Primò, † quia filius originem propriam vbi natus est, & paternam sequitur, eamque mutare nō potest: ita probat expresse text. in l. assumptio in princip. ff. ad municip. & de incol. & ibi notat glo. verb. non domicilium, & Bart. in l. filios & ibi glo. & Doct. & in l. origine, C. de municip. & origi. lib. 10. glo. verb. alienigenas in c. 1. de vsur. lib. 6. & ibi Doct. Ias. in l. huiusmodi, §. legatum, nu. 18. ff. de legat. 1. Tho. Grammati. voto 10. nu. 14. Boerius optimè decis. 13. nu. 1. & sequent. vbi num. 13. quòd in vtroque originis propriæ & paternæ loco, domicilium retinet, succeditque in honoribus & muneribus tam personalibus quā realibus: & non solum quo ad temporalia, sed etiam quo ad spiritualia semper retinet, Boerius vbi supra, num. 15. Ergo prædict. Doct. suam originem vel paternam sequitur, non vero Placentinā, quæ est alia.

2 Secundò, † quia appellatione ciuis in materia statuti, vel consuetudinis, vel alias stricta nō comprehenditur, nisi ciuis originarius, idest, ibi natus iuxta glo. fi. in l. 1. ff. de tutor. & curar. dat. ab his, Bald. in Auth. sed omnino, C. ne vxor pro mar. col. 4. vers. sed hic dubitatur, nu. 12. & Aret. consi. 77. in princ. vers. circa primum dico. quos refert, & sequitur Boerius vbi suprà, nu. 24. Sed Doctor non fuit natus in præd. episcopatu Placentino: ergo non comprehenditur sub statuto almæ ecclesiæ d. ciuitatis in fauorem originariorum eiusdē loquenti circa prouisionem portionum, canonicatuum, & dignitatum ecclesię faciendam de quo nunc agitur præcipuè cum prædict. statutum non vtatur hoc nomine ciuis, sed, oriundus.

3 Tertiò, † quia propriè forensis dicitur ille, qui in loco natus non est, vt cum Paul. de Cast. & Berrachi. resoluit Marian. Socin. Iun. consil. 37. num. 8. lib. 1. dicens, quòd licèt istud dictum Pauli simpliciter consideratū possit esse dubium per notata per Bart. in l. 3. C. de municip. & origi. lib. 10. tamen videtur indubitabile quando vltra id, quòd nō sit natus nihil in loco habet, nec ibi commoratur, sed alibi domicilium perpetuum constituit, prout est casus noster. Igitur Doctor Sal. forensis propriè est, & non oriundus ciuis, nec originarius episcopatus Placentini.

4 Quartò † & vltimo, in terminis, quòd dictus doctor nō sit originarius, nec oriundus episcopatus Placentini, eò quòd mater ipsius in eo nata fuerit probatur ex tex. expresso in l. filios, C. de munici. & origi. li. 10. vbi inquit tex. filios apud originem patris, non in materna ciuitate, etsi ibi nati sint (si modo non domicilijs retineantur) ad honores siue munera posse compelli explorati iuris est, vbi Bar. notat, quòd filius sequitur originem patris & nō matris, nisi ex alia causa ciuitati matris sit adstrictus; idem notat & tenet Io. de Platea ibi, nu. j. & 2. idem etiam probat tex. apertus in l. 1. versic. sed & si ex patre, ff. ad municip. Vbi probatur quod filius ex patre Campano, & ex matre Puteolana sequitur originem tantum patris nisi forte priuilegio aliquo materna origo censeatur: tunc enim maternæ originis erit municeps, & ibi not. glo. in verb. parentibus.

5 Item † excipit text. ille vulgo quæsitum, quia ille cum non habeat aliam originem, quam sequatur, sequitur matrem; ergo per locum ab speciali, quod validum est in iure, vt tradit bene allegās ad hoc dict. l. 1, ff. ad municip. & alia iura Euerar. in centur. legal. capit. 68. à speciali, cessante priuilegio filius legitimus ex patre alterius episcopatus, quamuis ex matre Placentina, sequetur originem patris non vero matris. Cùm igitur in nostro casu, non adsit priuilegium vllum, quo Doctor prædictus possit prætendere sequi debere originem matris, consequens est, vt patris tantum retineat, qui aliunde est. Eandem etiam opinionē in terminis nostris sequitur & tenet Matthæus de Afflict. decis. Neapolit. 384. nu. 4. & Boerius, decis. 13. nu. 9. & Burgos de Pace. Hispanus in l. 3. Tau. 1. part. num. 375.

6 Neque † his obstat gl. in dict. l. filios, verbo, non in materna, quatenus asserit, quod filius, licèt non sequatur originem maternam, vt maternam, ipsam tamen sequitur, vt propriam: vt in d. l. origine

ne.& in dict.l.assumptio. in princ.quia glos. & iura quæ allegit loquuntur quando filius natus fuit in loco matris. Quo casu cum filius sequatur originem propriam, sicut paternam, vt suprà est dictum, & in loco matris fuerit natus, merito, quod ibi sit oriundus: at verò dictus Doctor non fuit natus in loco neque in origine matris, nec in aliqua parte dict. episcopatus Placentini, sed alibi extra, ergo non est oriundus ipsius.

7 Secúdò † respondeo, quòd gl. illa procedit quando parentes ibidem constituerunt domicilium, non vero si casu transeundo mater ibi peperit filium: ita Ioann. de Platea, in dict. l. filios, nume. 2. Matthæus de Afflict. vbi supra. qui pluribus id cóprobat. Sed dict. Doctor non solum non fuit natus in dict. episcopatu Placentino, sed nec parentes ipsius ibidem domicilium constituerunt, sed mater cum esset puella alibi fuit perducta, & extra episcopatum prædict. fuit nupta, & coniuges domicilium constituerunt, & semper habuerunt extra dictum episcopatum.

8 Imo † vxor per matrimoniū fuit effecta de foro & origine viri, & desiuit esse propriæ originis, vt in dict. l. origine, notat glo. 1. in princ. quam sequitur Bart. in l. cum quædam puella, nume. 2. ff. de iurisd. omni. iudic. & est communis opinio secundum Ioann. Orose ibi, nu. 1. sequitur idem Orose. in l. senatores, nume. 1. ff. de senat. Non igitur potest dici oriundus doctor præfatus episcopatus Placentini. Et quamuis gloss. illa intelligit, in quantum mulier possit retrahi & separari à seruitijs viri, non verò quoad alia, iuxta tradita per Bart. in l. fi. §. item rescripserunt, ff. ad municip. Platea in l. fin. nume. 2. C. de incol. lib. 10. & Greg. Lop. in l. 32. tit. 2. par. 3. in glo. casamiento: hoc tamen procedit in persona ipsius vxoris, secus verò in eius filijs legitimis, quia hi patris non matris originē sequuntur ac retinent per omnia supradicta.

9 Nec † etiam obest doctrina Baldi, consi. 182. incip. statuto ciuitatis Veronæ, &c. vol. 1. asserentis, quòd statuta disponentia de non admittendis in collegium doctorum, nisi sint ciues originarij, vel nisi habeant certas alias qualitates sunt benigne, & non rigidè interpretanda, ex quo nullius præiudicium versatur. Et sic videbatur, admittendum fore dictum Doctorem Sal. ad dignitatem dict. ecclesiæ, super qua litigatur, cum mater ipsius fuerit oriunda prædict. episcopatus. Nam respondeo, quod in proposito benigna interpretatio etiam hoc non patitur, cum de iure filius legitimus non sortiatur originem matris, nisi in ea natus fuerit. Item statutum ecclesiæ Placentinæ est in fauorem oriundorum, vnde in eorum præiudicium & damnum, nec alterius tertij ius acquisitum habentis in re, vel saltem ad rem, retorquendum est contra regulam iuris, l. quod fauorem, C. de legib.

SVMMARIA.

1 Oblationes, & anniuersaria mortuorum, distributiones quotidianæ, & alia similia non computantur regulariter, in congrua portione vicario alicuius ecclesiæ assignata vel assignanda.

2 Nec etiam computātur in valore fructuum beneficij.

3 Hodie Bulla Sanctissimi Domini nostri Pij V. statutum est, vt incerta emolumenta, & aliæ obuentiones communiter percipi solitæ computentur in præd. congrua portione vicarijs perpetuis assignanda à prælatis.

4 Obuentionis verbo supradicta omnia comprehendūtur.

5 Omnium emolumentorum appellatione supradicta omnia continentur.

6 Idem à fortiori erit si adijciantur verba, obuentiones. & omnia emolumenta.

CONSILIVM OCTAVVM.



IN causa capituli Complutensis aduersus quendam vicarium ecclesię de Torrejon Toletanæ diœcesis, iustitia fouet præd. capitulum tribus potissimis fundamentis, atque rationibus: ideoque confirmanda est sententia lata per iudicem à quo, in fauorem
1 dicti capituli, Primò, † quia licèt in congrua portione, quæ vicario alicuius ecclesiæ assignanda est, vel est assignata, regulariter non cōputentur oblationes, & anniuersaria mortuorū, neque distributiones quotidianę, nec alia, similia, prętere ea, quę habēt rationem sui beneficij, seu vicariæ; quia supradicta omnia sunt incerta tam ex parte eorum, qui oblaturi sunt, quam etiam ex parte ipsius vicarij, quia incertum est an vicarius ipse interterit præd. lucris, vel propter aduersam valetudinem, vel aliam absentiam, vt benè tradit Petr. Rebuff. in trac. congr. portion. & c. nu. 83. & seq. fo. 104.
2 & 105. Vnde † est quòd supradicta nō computentur in valore fructuū beneficij, vt docet idem Rebuff in tract. nomin. q. 9. nu. 42. & seq. & Ioann. Staph. in tractatu de gratijs, & expectatiu. in vers. nona forma. num. 65. & seq. 14. volu. tract. diuers. doct. folio 17. & Ioann. de Selu. in tractatu de beneficio, in 3. parte princip. quæst. 12. nu. 33. & 34. vol. 15. tracta. fol. 71. & Barthol. Bellenz. in tract. de chari. subsi. q. 76. n. 1. & 2. vol. 15. trac. fol. 301.

3 In nostra † tamen causa, & lite hæc omnia computantur in congrua portione, quia adest Bulla Sanctissimi Domini nostri Papæ Pij V. motu proprio concessa ann. 1567. qua expresse statuit pro declaratione Sacri Concilij Tridentini, sessione. 6. capit. 2. & sessione 7. capit. 5. & sessione 21. cap. 6. de cōgrua portione vicarijs perpetuis assignanda arbitrio episcoporum, loquentis. Qua Bulla Summus Pontifex statuit ne prælati assignent præd. vicarijs perpetuis maiorem centum, nec minorem quinquaginta scutorum annuorum summam computatis omnibus etiam incertis emolumentis, & alijs obuentionibus communiter percipi solitis. Quæ Bulla producta est, ergo computanda sunt d. vicario præd. omnia in congrua portione, & seruitio dict. suæ ecclesiæ. Et cùm sit probatum in processu, ascendere supradicta ad summam centum scutorum, consequens est, vt nihil aliud

eidem

eidem vicario assignati debeat iuxta supradictam bullam, cùm Summus Pontifex iubeat ea omnia computari, etiam si sint incerta, & sic cesset ratio iuris communis, ob quam non computabantur.

4 Secundo, † & principaliter: quia licèt appellatione fructuum alicuius beneficij non comprehendantur supradicta, scilicet, oblationes anniuersariæ defunctorum, & distributiones quotidianæ & alia similia, vt suprà dictum est. Si tamen adijciatur verbum obuentionis, prout in nostra bulla continetur, ibi, & alijs obuentionibus, benè comprehenduntur: quia est verbum generale, vt tradit optimè Boerius decis. 224. num 5. dicens, quòd obuentionis verbo comprehenduntur omnia, quæ ex facto hominis proueniunt, vt oblationes, funeraria, vel quæ ex sigillo, vel alio emolumento curiæ beneficij, vel ex reditu magno, vel paruo, & similia: igitur, & cætera. Idem etiam tenet glossa in c. ad audientiam, el primero, verb. obuentiones, de ecclesi. ædificand. in vers. licet & ibi Abb. num. 15. dicit, quòd verbum obuentiones est verbum multum generale, comprehēdens omnes redditus cuiuscunque qualitatis sint.

5 Tertiò † probatur: quia in præd. bulla adest verbum, omnibus emolumentis, quibus verbis supradicta omnia continentur & cōprehenduntur quia est verbum generalissimum pro omni vtilitate ex re proueniēte, vt tradit Boerius vbi suprà, num. 6.

6 Quartò, † & à fortiori: qa si appellatione vniuscuiusque verbi supradicti, scilicet, obuentionibus omnibus, emolumentis, etiam incertis supradicta omnia comprehenduntur, multo magis in nostro casu comprehendentur, quia in d. bulla omnia supradicta verba simul posita inueniuntur, scilicet, omnibus etiam incertis emolumentis, & alijs obuentionibus: quæ omnia verba simul iuncta certiorem & plus manifestam reddunt iustitiam, d. capituli, & sine dubio.

SVMMARIA.

1 *Dominus potest ratificare sentētiam latam cum falso procuratore suo nomine, quādo est contra dominum lata qui vult habere ratam in sui præiudicium, secus si esset lata in sui fauorem.*

2 *Gesta per procuratorem reuocatum regulariter ratificari non possunt: preter quam si actus qui ratificatur tendat in præiudicium ratificantis, quia tunc bene potest ratificari.*

3 *Renunciatio facta per dominum post reuocatum procuratorem valet & tenet.*

4 *Gestum per falsum procuratorē, in audiētia principis non conualescit per ratificationem: & quomodo hoc intelligatur?*

5 *Gesta per falsum procuratorem dolose scientem se non habere mandatum, non possunt ratificari per dominum propter vitium obreptionis.*

6 *Quoad esse gratia, scriptura, hoc est expeditio literarum non requiritur, sed statim, quòd apponitur in supplicatione verbum fiat, vel, concessum, vt petitur, gratia est perfecta, quæ in sola supplicatione consistit.*

7 *Dolum alleganti incumbit onus probandi eum.*

8 *Testi singulari deponenti de suo proprio facto, ex quo nullum commodum reportat magna fides danda est: & non deest, qui dicat integram fidem ei esse dandam.*

9 *Vnus testis deponens de ipso facto, & alij de confessione extraiudiciali simul iuncti integram fidem faciunt.*

CONSILIVM NONVM.

DOminus labia mea aperiar &c. Casus præsentis consultationis est huiusmodi. Quidam Ioannes quondam portionarius in ecclesia Cathedrali Placent. portionē, quam habebat, sponte & liberè resignauit in manibus summi Pōtificis, & in fauorem alterius Ioannis, cui sanctitas sua virtute d. resignationis gratiam d. portionis fecit. Posteà d. Ioannes resignans pænitentia ductus reuocauit mandatum à se datum ad resignandum, cumque prædict. Io. posteà cepisset possessionem d. portionis virtute bullarum expeditarum, de consensu atque expressa voluntate d. resignātis, iterum ipsum pœnituit & conuenit in iudicio prædict. Ioan. possessorem modernum super subreptione dictarum bullarum, eo quòd non fuisset facta mentio d. suæ reuocationis, quæ si facta fuisset, inquit ille minimè expedirentur iuxta stylum praximque curiæ Romanę, qui habet, vt gratia facta non sortiatur effectum, quousque extendatur consensus & Bullæ expediantur, ita vt si reuocetur interim mādatum à resignante post gratiam factam, & antequam extendatur consensus & literę expediantur, gratia sit nulla & non possint nec debeant expediri literę super ea: sicut affirmat cōtigisse in proposito, quapropter petit ita declarari, & prædict. portionem apud se remansisse, & remanere, esseque verum portionarium & possessorem d. portionis, non verò aduersarium: ac proinde ipsum expellendum ac mouendum fore tanquam intrusum à detentione iniusta d. portionis. Dictus vero reus alia in sui fauorem allegat. Quibus omnibus rectè visis, consideratis respondi de iure, absoluēdum esse reum à pręd. petitione actoris imponendo huic perpetuum silentium super ea.

Idque ex duobus capitibus. Primò ob prædict. resignationem liberam, gratiamque summi Pontificis inde sequutam, & bullas super ea expeditas: quo fit vt iustè ac canonicè possideat d. Ioan. cui non obstat reuocatio d. mandati & adnotatio ipsius reuocationis, quæ dicitur facta in cancellaria Apostolica in libris cameræ antequam supplica, & consensus d. resignationis mitteretur ad registrum & literę expedirentur. Quod videtur constare instrumēto quodam confecto in Romana curia producto in processu vbi asseritur, quod d. reuocatio fuit facta, & in libris cameræ adno-

tata duodecimo die mensis Aprilis anni 1567. & alio instrumēto etiam producto, quo constat supplicam d. resignationis fuisse missam ad registrū vigesimoprimo die mensis Maij, statim sequentis eiusdem anni. Producitur etiam quædam summaria probatio sine parte facta Romæ d. styli, & praxis Romanæ curiæ de qua sup. in cap. huius cō silij est dictum, quibus videbatur fundata intentio dicti actoris. Sed non obstat inquam: quia totum contrarium constat eisdem bullis productis sub data octauo idus Nouembris anni 1566. Et cōsensus dict. resignationis fuit præstitus eadem die, vt constat à tergo dictarum literarum, quibus standum est cum sint authenticæ & habeant solennitatem debitam & consuetam, & careant omni defectu, & suspicione. Itaque manifestè constat, consensum dict. resignationis expeditionemque bullarum fuisse anteriores quam mandatum ad reuocandum datum à dict. resignante, cuius data fuit Placentiæ de mense Februarij, anni sequentis 1567. & multo priores data dict. reuocationis, & adnotatione ipsius in libris cameræ, quæ, vt supra est dictum, fuit duodecimo die mensis Aprilis dict. ann. 1567. Instrumentumque sumptæ supplicationis, quo actor nititur probare missam supplicationis, vel datæ piculæ fuisse mense Maij dict. ann. 1567. non facit fidem in iudicio maximè aduersus continentiam datæ dictarum bullarum. Præcipuè attenta probatione rei super stylo, vsu, & praxi Roma. signandi supplicas quæ habet consuetum esse eiusdem resignationis beneficij signari plures supplicas. & quod quamuis omnes sint vnius resignationis possunt habere diuersas missas ad registrum, quasdam anteriores alijs, idque ex causis, quibus expeditores mouentur: & quod ita fit quotidie. Quo sic extante, & attenta data dictarum bullarum priore dict. reuocatione, liquet manifestè, quod quamuis instrumentum productum a d. actore missæ ad registrū sit verū; non tamen literæ fuerunt expeditæ virtute dictæ missæ, sed alterius factæ & missæ ad registrum mense Nouembri, anni 1566. Quandoquidem tunc expeditæ fuerunt bullæ, vt & earum data constat, quibus maior fides danda est quam d. assertio instrumenti: maximè, cum hoc modo reducantur ad concordiam & non sint contraria. Quo fit, vt minus noceat reo alterum instrumentum ab actore productum circa probationem dict. styli & praxis Romanæ: de quo in principio huius consilij meminimus cum sit factum sine citatione partis: item cum reuocatio fuerit multo post expeditionem literarum, Et hoc est primū caput, totū consistens in facto quo excluditur dictus actor.

Secundum caput, quo iustitia d. rei munitur, (dato, non tamen cōcesso quod prædict. reuocatio facta fuisset, loco, tempore & casu, quibus d. actor asserit) est ratione consensus, approbationis, & ratificationis sæpe præstiti ab eodem tacite & expressè verbis & facto post dictam reuocationem, vt d. reo conferretur dict. portio, atq; in ipsius realem possessionem induceretur, vt ex actis causæ constat. Nam coram iudice apostolico, cui commissa fuit executio literarum dictæ gratiæ comparuit dict. actor, & scripto confessus fuit, se resignasse dictam portionem in fauorem dict. rei: volebatque, & petebat, vt possessio d. portionis daretur dict. I au. Insuper promisit se non contrauenturum vllo vnquam tempore; idemque præter a sæpius dixit, atque significauit postea post dictam suam reuocationem. Quibus sic extantibus potuit iure optimo dict. Ioann. nunc actor in sui præiudicium ratificare, atque approbare expeditionem prædict. bullarum, quamuis facta fuisset à procuratore reuocato, vt ipse actor asserit, idque ex sequentibus.

1 Primò, † quia dominus potest ratificare sententiam latam cum falso procuratore suo nomine, quando est contra dominum lata, qui vult habere ratam in sui præiudicium, secus si esset lata in sui fauorem: & ita intelligenda est l. 3. §. falsus, ff. rem rat. hab. vt tenet Bart. in l. si tutor, nu. 3. C. in quibus cau. in integ. restitut. non est necess. Eandem opinionem quod dominus possit ratificare gesta per procuratorem falsum in sui præiudicium siue antè sententiam siue post, tenet Rota decis. 1. & 10. de procur. in antiquis, vbi ad idem allegatur Innocentius in cap. ex parte decani, de rescript. idem etiam tenet & probat late Guido Papæ decis. 320. per totam. Et nu. 3. addit se vidisse in curia parlamenti tolerari indistincte ratificationes sententiarum, siue pro ratificante fuisset lata sententia, siue contra eum, & quod ita etiam cōiter pertranseunt alij iudices inferiores patriæ Delfinatus ex quadam æquitate, & quod hanc partem sequitur Angel. de Aret. post Cumao. qui dicit esse communis opinio in l. si se nō obtulit, ff. de rei vendicat. Eandem quoque sententiam plures allegans testatur communem esse Sebast. Vaotius de nullit. process. & sent. cap. qualiter sententiæ, & processus, qui dicūtur nulli, defendi seu repar. poss. nu. 102. fol. 608. & sequenti. sequitur etiam Cassiod. decis. 40. super reg. cancell. num. 2. & 3. fol. 66. vbi inquit, quòd d. decisio Rotæ est in viridi obseruantia, & quod ab ea nullo modo est recedendum in consulendo, & iudicando, quicquid alias dicat Felin.

2 Secundò, † magis in specie probatur, quia licet gesta per procuratorem reuocatum regulariter ratificari non possint, vt tradit Felin. in d. cap. ex parte decani, nu. 15. de rescript. id tamen intelligi debet, præter quam si actus, qui ratificatur tendit in præiudicium ratificantis: quia tunc bene potest ratificari secundum Speculat. tit. de defensor. §. 1. Innocen. in cap. mandato, ad fi. de procurat. sequitur idem Felin. in d. num. 15. & Angel. in §. præiudiciales, num. 4. de actionibus.

3 Tertiò † facit dictum eiusdem Felin. in d. cap. ex parte decani, num. 16. vbi tenet, quod si dominus post reuocatum procuratorem renuntiet, valet, & tenet eius renuntiatio. Ergo ita, & eodem modo poterit consentire, approbare & ratificare renunciationem factam per suum Procuratorem reuocatum,

catum, cum vtrumq; procedat ex solo ipsius domini consensu.

4 Nec † obstat, si quis obijciat dictum Baldi in l. falsus, numero 9. C. de furt. vbi dicit quod factum per falsum procuratorem in audientia Principis non conualescit per ratificationem, cap. ex parte decani, ibi per Innocent. de rescript. propter vitiū obreptionis, quia est valde detestabile in audientia Principis, & ideo puniendum. Sed si alijs inferioribus iudicibus obrepitur: siquidem re, & consilio dicunt quidam quòd non potest ratificari, nisi in præiudicium ratificantis: Sed si bona, scilicet, fide, bene potest ratificari etiam citra suū præiudicium, vt in l. mater, §. hoc iure, ff. de exceptione rei iudicat. glo. fi. & in d. l. si tutor, per Cin. Nam si non potest ratificari factum procuratoris reuocati, vt in l dispensatorem, ff. de solut. nisi in præiudicium ratificantis: igitur multo minus ratificabitur factum procuratoris funditus falsi. Hactenus Baldus. Ergo ita in proposito videtur dicendum.

Nam huic dicto Baldi, non obstante, multipliciter potest responderi. Primo, quòd licèt aliqui legistæ teneant dictum illud, nimis tamen restringit regulam l. licet, ff. de iudi. & d. l. 3. §. falsus, ff. rem rat. habe. quæ habet dominum posse ratificare gesta per falsum procuratorem. Et ita ex hoc fundamento contra Bal. tenent Abb. Card. Imol. in c. nonnulli, §. 1. & ibi Felin. nu. 39. & seq. præcipuè 41. de rescript.

Secundò respondetur, quòd loquitur in procuratore omnino falso, qui non habuit mandatum saltem speciale, ad impetrādum rescriptum: quia tunc propriè est vitium obreptionis, & non potest ratificari, quia est funditus falsus procurator. Et hoc casu expressè loquitur text. in dicto cap. ex parte decani. & in dicto cap. nonnulli, §. 1. & vtrobique Doct. & Bal. etiam in d. l. falsus. non verò loquitur in gestis per procuratorem reuocatum.

Tertiò respondetur, quòd dictum illud Bald. tantum abest, vt non solum contra reum non faciat, imò pro eo & in ipsius fauorem sit expressum: quia loquitur, & intelligitur Baldus quòd non possit ratificari factum per procuratorem falsum in audientia Principis, in fauorem, scilicet, reuocantis, secus verò in ipsius præiudicium, vt in præsenti nostro casu; vt ipsemet Bald. ibidem declarauit, dum dixit: Sicut non potest ratificari factum procuratoris reuocati, vt in l. dispensatorē, ff. de solut. nisi in præiudicium ratificantis. Ergo bene potuit d. Ioan. approbare & ratificare expeditionem Bullarum factam à suo procuratore licet reuocato, cum hoc sit in suum præiudicium, non verò in fauorem. Ita etiam intelligit dictum illud Baldi, Ias. in l. 3. §. si procurator, num. 10. ff. quod quisque iur. &c. & est de mente Curt. iun. ibidem nu. 11. Ita tenet & limitat expressè idem Ias. in l. si procuratori falso, num. 1. ff. de condit. cau. dat. Quæ limitatio probatur ex fundamentis supra adductis in fauorem d. Ioan. rei & per text. quem sic intelligunt Doct. vbi supra, in dicto l. 3. §. si procurator. ibi, vel ratum habuit, ff. rem rat. haberi.

5 Quartò † intelligitur dictum Baldi per doctrinam eiusdem Baldi in l. Iulianus, col. vlt. versic. de quo ego dico, ista ratio, ff. qui satisd. cog. vbi inquit se audiuisse Bar. dicentem, quòd si quis falsò, & dolosè allegauit mandatum in iudicio, sciens se non habere mandatum, tunc gesta per eum non possunt ratificari per dominum propter vitiū obreptionis, vt in l. si quis obrepserit, ff. de fals. Aut verò bona fide asseruit se procuratorem id credēs ex iustis causis, prout cōtingit in nostro casu, quia procurator ad resignandum d. portionem a dict. Ioanne nunc actore verè & realiter habebat mandatum speciale ad id & ignorauit eius reuocationem quando resignauit, imò id temporis non erat facta. Et quamuis tempore expeditionis Bullarum facta fuisset, quod non conceditur, nam contrarium constat per datas Bullarum & reuocationis vt supra dictum est, eam tamen ignorauit procurator, quia ipsi nunquam fuit intimata, & sic expediuit bona fide. Quo casu quando procurator bona fide allegauit se procuratorem esse, id credens ex iustis causis potest ratificari factum per eum. Et hanc doctrinam Bal. sequitur Alex. cons. 32. num. 4. lib. 1. & Felin. in d. cap. nonnulli, §. 1. num. 39. & 41. & Sebast. Vantius vbi sup. Idque etiam in fauorem ratificantis, vt constat ex supra dictis doctoribus.

6 Item † in re hac in fauorē d. rei summopere est aduertendum, gratiā fuisse factam à summo Pontifice ante prædict. reuocationem, & sic fuit perfecta. Nam quamuis ad probationem in iudicio faciendam requiratur expeditio literarum, & nō possit iudicari iuxta formam supplicationis non expeditis literis, vt in regula cancellariæ de non iudicando iuxta formam supplicationis, sed literarum expeditarum: attamen quoad esse ipsius gratiæ non requiritur scriptura, nec expeditio literarum: sed statim quòd apponitur in supplicatione verbum, fiat, vel, concessum vt petitur, gratia est perfecta, quæ in sola supplicatione consistit, vt latè probat & tenet alios allegans Gomez. in d. regula cancell. de non iudicand. &c. quæst. 1. per totam & sequitur alios allegans Cassiod. decis. 35. super regul. cancell. num. 2. fol. 57. & Rebuff. in praxi benef. in 2. par. signat. num. 15. 16. & 17. fol. 150. & 151. vbi dicit quod magna curia Mediolanensis iudicauit, quod postquam Rex consensit alienationi feudi per verbum, fiat, posteà, hoc non potuit reuocare, etiam per literas sigillatas secūdū Matthæ. de Afflict. quem refert. Cum igitur, hoc ita sit, & constet, quòd gratia d. portionis fuit facta, & perfecta antequam prædict. reuocatio fieret, consequens est, vt gratia supra dict. fuit, & est valida, & nullum defectum patitur falsitatis, seu obreptionis, vel subreptionis, neq; aliquem alium, & quæ fuit impetrata per legitimum verum & specialem procuratorem non reuocatum. Et licet aliquis defectus fuisset in expeditione bullarum, da-

to sed non concesso, quod eo tempore esset iam facta prædict. reuocatio, defectus hic nihil nocet, quia iam perfecta erat gratia, & nõ deficit in substantia ipsius, sed tantum in forma probatoria, hoc est, in prædict. expeditione, quæ est actus extraiudicialis, & potuit ratificari posteà per ipsum Dominum constituentem in sui præiudicium, prout fuit factum: quandoquidem potuit ipse renuntiare asserto stylo; quem prætendit pro se inductum, scilicet, quod gratia facta non habeat effectum suum antequam supplicatio mittatur ad registrum & literæ Apostolicæ expediantur. Nam præter quam quod prædict. stylum legitimè non probauit, quia testes, quos Romæ super eo produxit antequam lis hæc inchoaretur, non sunt reproducti in plenario iudicio: notoria iuris regula est posse quem iuri pro se introducto renuntiare: potuit ergo a fortiori renuntiare stylo & consuetudini in sui fauorem inductis.

Præterea licet dictus Ioannes actor probasset legitimè prædict. stylum, adhuc tamen nihil obstaret reo, quia deberet intelligi is stylus secundum ius, & regulam cancellariæ, hoc est, vt gratia egeat literis quoad sui probationem in iudicio faciendam, non verò quoad essentiam & perfectionem ipsius gratiæ. Quia statim quod apponitur verbum fiat, vel concessum vt petitur, est perfecta gratia absque literis, & expeditione bullarum, vt supra dictum est: & iura iuribus sunt cõcordanda, vt sunt iura vulgaria: & per consequẽs gratia iam perfecta, mandatum reuocari non potuit respectu ipsius ex ijs quæ tradit Rebuff. vbi sub nume. 16. Quod si adhuc instet aduersa pars reuocationem fuisse alicuius momenti, imò magni propter expressum stylũ Curiæ Romanæ probatum qui prædict. suppletionem non admittit, eliditur ipsius assertio ex approbatione expressa expeditionis prædict. bullarum, & productione ipsarum coram iudice apostolico cum ipsius petitione, & consensu, vt conferretur dict. Ioan. prædict. portio, vt supra, latè probatum existit. Maximè cum ipse reus antequam vteretur dictis bullis in forma digna expeditis eas tradiderit dicto actori, vt de eis ad libitum faceret, ipseque actor eas reddiderit reo, vt examen subiret, vt constat ex processu: posteaque præfatus Ioan. resignans approbando prędict. resignationem actu expresso coram iudice apostolico petijsset ab eo, vt possessio dict. portionis daretur dicto Ioanni reo promittens se non contrauenturum vllo vnquam tẽpore. Iure igitur optimo non debet nunc admitti aduersus id, quod sua voce dilucide protestatus est, atque id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere. Imò repellendus est argumento l. generaliter, C. de non numer. pecu. & regul. iuris; quod semel placuit amplius displicere non potest.

Nec obstat allegatio aduersæ partis asserentis, prædict. actorem fuisse dolo inductum a reo ad prædict. approbationem, & ratificationem faciendam: quia affirmatum fuit sibi ab eo, prædictas bullas rectas esse, siue venire, super quo præcipue fundat actor intentionem suam, quia id minime probauit.

7 Cum † tamen probare teneretur tanquam fundamentum suæ intentionis, vt in l. quoties, versic. qui dolum, ff. de probat. tradunt Bart. & Doctor. in l. in illa, ff. de verbor. oblig. & in cap. auditis, de præscript. Et ad probandum d. dolum, necessario requiri videtur, vt probaretur in d. Ioan. resignatario illo tempore scientia reuocationis ex tempore Romæ factæ, insuperque procuratorem constitutum ad resignandum, mala fide literas expedisse: & quod sciens hoc dict. Ioannes reus contrarium affirmasset dicto Ioanni resignanti eum inducendo ad faciendam præfat. approbationem: hic enim vere esset dolus, qui non probatur nec probari potest. Et quamuis dictus Ioan. reus affirmasset dictas bullas rectas venire, hoc non erat dolus, nec aliqua persuasio, quandoquidem sunt rectæ, & ipse nesciebat stylum Romæ, quo dictus actor nititur, potuitque eum ignorare, cum consistat in facto, vt in toto tit. C. & ff. de iuris, & fact. ignoran. præcipuè in l. 2. in l. regula est, ff. eodem. Maximè, quia ex data ipsarum constat, rectè expeditas fuisse: quãdoquidem est multò prior quam data prædict. reuocationis. Sicque verè & sine aliqua cautela potuit id dictus Ioann. affirmare, quamuis postea d. actor, in hac lite probasset, rem aliter se habere circa missionem supplicæ ad registrum, cuius probatio, vt supra dictum est bene eliditur per probationem a prædict. reo in contrarium factã: nam ipse Ioan. nihil aliud sciebat, quam, quod oculis in bullis videbat, & erat patens. Nam etiam obest alia allegatio dict. actoris asserentis, quod tempore a se præstiti dict. consensus, atque approbationis coram iudice apostolico factę ignorabat vtrum d. sua reuocatio Romę congruo tempore facta fuisset necne? sicque non posse renuntiare iuri quod nesciebat sibi competere ratione d. reuocationis legitimè factæ, vt postea apparuit iuxta regulam iuris, l. mater decedens, cum similib. ff. de inoffic. testam. Nam resp. Primò, nullum ius competere ex ea reuocatione dict. actori: quia, vt sępe dictum est, prædict. bullę fuerunt expeditę priusquam fieret dict. reuocatio Romæ, imo antequam constitueretur procurator ad reuocandum, vt constat ex data ipsarum, & cõsensu a tergo posito, & ex data reuocationis, & mandati ad reuocandum facti.

Secundò respondeo, quòd d. Ioan. resignans tenebatur scire, vel saltem præuidere, vt sibi prospiceret priusquam faceret prædict. approbationem, contingere potuisse, vt prædict. reuocatio tempore debito facta esset, quandoquidem constituit procuratorem ad eam faciendam, & ad eum effectum instrumentum reuocationis Romam misisse, cum proprijs literis familiaribus, vt quanto citius posset fieret d. reuocatio. Quod si sciẽs hoc, vel scire debens, approbauit d. bullas, petijtque possessionem dict. portionis dari dict. Ioanni sibi imputet, quia paria sunt, scire vel scire, debere, vt

in l.

in l. quod te mihi, ff. si cert. pet. cum similib. sicque potuit vel debebat saltem in genere cogitare dict. casum.

Tertiò respondeo probatum existere in process. su dict. Ioan. resignantem, antequam fecisset dict. approbationem sciuisse, Anton. de Trejn, cui missa fuere instrumenta ad d. reuocationem faciendam, rescripsisse, ad se ea peruenisse, & factam fuisse debito tempore, vt testatur hoc testis fide dignus ab aduersa parte productus, affirmans se legisse d. Ioanni epistolam d. Antonij, qua id scrip-
8 sit. Cui † testi, quamuis singulari, cum deponat de suo proprio facto, ex quo nullum commodum reportat, magna fides adhibenda est: & non deest, qui dicat, integram fidem esse dandam, vt per Couar. in pract. quæst. ca p. 33. num. 3. col. 2. illius nu. Maximè cum sint alij tres testes deponentes de confessione extraiudiciali dicti actoris super eodem, qui quidem sunt sacerdotes, & beneficiati in ecclesia cathedrali d. ciuitatis, ac proinde, maximæ fidei & authoritatis.
9 Quo † fit, vt simul iuncti integram fidē faciant, cum prior testis deponat de facto certo ti de confessione extraiudiciali iuxta doctrinam Bartoli, in l. admonendi, num. 42. de iureiuran. vbi Doct. communiter, & alibi sæpissimè sequuntur, & testantur communem illam doctrinam Bartoli ex text. in ca p. fi. de success. ab intest. sicque probata existit sufficienter scientia d. Ioan. resignantis, tempore qua approbationem prædict. fecit. Et tanquam sciens potuit omni iuri sibi competenti ratione dict. reuocationis renuntiare, & renuntiantibus iura sua non datur regressus, l. quæritur, §. si venditor, ff. de ædil. edict. cum alijs à Tiraquell. cumulatis in tractat. de retractu, §. primo, gln. 9. numero 119.

Minus obstat dicere, quod tempore gratiæ d. portionis, d. Ioannes nunc reus habebat prioratum Turris Crematæ, eiusque non fuisse factam mentionem in supplicatione gratiæ dict. portionis, ac proinde, ipsam subreptitiam ac nullam fuisse. Quoniam, instrumento producto a dict. Ioan. constat euidenter, gratiam & prouisionem dict. prioratus fuisse die sequenti post consensum portionis factam. Quibus omnibus sic extantibus iu dicio meo iustitia dict. rei satis elata notoriaque efficitur & præsens causa decidenda venit in fauorem dict. rei prout spero futurum annuente Deo, datum Placentiæ 23. die Ianuarij Ann. 1570. Sic factum fuit posteà per vicarium Placentinum: nā is sententia lata die 4. Februarij eiusdem Anni absoluit & liberauit dict. reum à petitis per dict. actorem imponendo ei perpetuū silentium super prædicta portione. Et dictus actor appellauit, appellationeque pendente partes inierunt concordiam, & transactionem super hac lite pensione certa super dict. portione imposita authoritate Apostolica in fauorem dicti actoris, remanente tamen dicta portione penes dict. reum eiusdem possessorem, & sic finita est hęc lis.

SVMMARIA.

1 *Vnum tantum beneficium in posterum est singulis conferendum, &c.*
2 *Plura beneficia simplicia, vel ecclesiam parochialem, & capellaniam simul, an possit quis habere? & num. 3 quod hodie attento sacro concilio Tridentino id non liceat.*
4 *Per adeptionem possessionis secundi beneficij, vel ex quo stetit per adipisci debentem; quo minus possessionem acciperet, vacat primum imò priuatur eo ipso iure.*
5 *Habenti duo beneficia contra iuris prohibitionem non datur vllus terminus ad optandum, vel declarandū vtrum beneficium ipsorum eligat habendum, & alterum dimittendum vel resignandum.*
6 *Ordinarius potest præcipere habentibus plura beneficia in suo episcopatu, vt intra certum terminum exhibeant dispensationes, quarum authoritate possideant dict. beneficia.*
7 *Episcopus potest alteri conferre beneficium curatum, quod alius obtinebat postquam aliud recepit consimile & ipsius possessionem pacificam accepit, vel per eum stetit, quominus acciperet, non tamen potest illum cui contulerit inducere in possessionem possessore non vocato, & num. 10.*
8 *Episcopo licet sine alia causæ cognitione auferre possessionem, vbi ius perdidit ille, qui ecclesiam possidebat.*
9 *Electio, & collatio beneficij vacantis facta a alicui non impeditur prætextu appellationis ab ea interpositæ.*
11 *Intrusus dicitur, qui absq; titulo eius, qui dare potest tenet beneficium, & non ille, qui ab illo habet titulū, qui dare potest, licet de ipsius prouisi, vel tenentis titulum, validitate dubitetur vel disputetur.*
12 *Intrusus dicitur qui accepit possessionem beneficij ante collationem.*
13 *Intrusus dicitur qui propria authoritate intrauit beneficij possessionem, quamuis cum signatura ingrederetur.*
14 *Possessor non est spoliandus iuris ordine non seruato, quoties beneficiū vacat de iure, non tamen de facto.*
15 *Possessor non remouetur a sua possessione, licet vitiosa, sine causa cognitione ex quo titulo possidet licet iniusto.*
16 *Appellari licet non posita pœna legis vel canonis, a declaratione tamen ipsius in ipsam incidisse quando constat non incidisse, vel est dubium bene admittitur appellatio.*
17 *Intrusus dicitur retinens beneficium post priuationis, & depositionis sententiam a qua appellauit: imò ea pendente id retinere potest, nec sibi auferendum est.*
18 *Episcopus in omnibus casibus, in quibus beneficiatus ipso iure, vel per sentētiam hominis iam rite latam, & quæ transiuit in rem iudicatam perdidit ius quod habebat in beneficio, potest, & debet conferre alij beneficium, & primo auferre possessionem sine alia causa cognitione.*
19 *Appellatio non admittitur in notorijs.*
20 *Appellatio non admittitur in actu, quem quis approbauit, quia ab eo appellari non potest.*

21 *Appellari non potest ab actu, qui fit secundum iuris dispositionem, & canonicas sanctiones, nec à iudice iuris dispositionem & decretum exequente.*

CONSILIUM DECIMUM.

IN præsenti causa fiscalis contra Ludouic. Clericum Placent. dic. & super vacatione beneficij societatis vulgo nuncupati, quod obtinet in hac ecclesia cathedrali Placentina præsupposito tenore bullarum ipsius beneficij, præcipuè clausula, volumus autem, &c. earundem, qua summus Pontifex Pius V. præcipit, vt cum primum sortiatur effectum regressus ecclesiæ parochialis cuiusdam oppidi quem ipse Ludouic. habet, ipsiusque possessionem nactus fuerit, eo ipso vacet ipsum beneficium societatis, & id omnino dimittere teneatur dict. Ludouic. visoque processu huius causæ, videtur de iure optimè fundata petitio fiscalis asserentis dict. beneficium societatis vacasse ac per consequens prouidendum esse nunc idoneæ personæ quandoquidè effectum sortitus est regressus prædict. ecclesiæ parochialis morte Petri eius vltimi possessoris. Et præterea concurrunt, quæ infra dicentur suo loco. Primò per d. clausulam, volumus autem, &c. quæ expressè disponit, quod supra dictum est. Et non datur vllus terminus præs. Ludouic. ad declarandum, optandum vè nec eligendum vnum ex prædict. beneficijs. Item decreto 17. session. 24. sacrosancti vniuersalis concil. Trident. Cum quo decreto in eius prima parte videtur se conformare voluisse Summus Pontifex in dict. clausula, volumus autem, &c.

1 Quia † in dict. decreto asseritur, vt in posterum vnum tantum beneficium ecclesiasticum singulis conferatur: itaque prohibet collationem plurium beneficiorum in fauorem vnius fieri. Vnde infertur, quòd collatio facta contra formam dicti decreti erit nulla, argu. textus in cap. ordinarij, ad fi. versi. qua etiam ostensa, & in versi. aliter, de officio ordin. lib. 6. Quo attento, quia non poterat conferri vni personæ plusquam vnum tantum beneficium, Summus Pontifex præcepit, quòd cum dict. regressus sortiatur effectum, & quàm primum dict. Ludouic. nactus sit possessionem ipsius beneficij curati, vacet eo ipso beneficium societatis. &c. Quò expressè probatur Ludouicum non habere optionem, quandoquidem ei non fuit facta collatio plusquam vnius tantum beneficij: nec secundum ius & dictum decretum poterat aliud fieri.

2 Per † quod decretum concilij declaratur & ampliatur ius canonicum prohibens in vna persona pluralitatem beneficiorum. &c. Quia videbatur secundum hoc, quòd in beneficijs simplicibus non haberat locum dict. prohibitio nec eius pœna, vt bene tetigit Abb. in cap. quia nonnulli, num. 5. de cleric. non resid. Imò eadem ratione in obtinente ecclesiam parochialem, & vnam capellaniam, in qua debeant missæ celebrari per capellanum ex fundatione ipsius idè concludunt, & benè probant in facti contingentia, & in obtinente duo beneficia simplicia, Oldrad. consil. 165. & Lapus allegatione 36. & 116. & 117. Dicunt tamen ipsi, quòd si hæc duo beneficia sint incompatibilia, vtrumque requirens necessariò residentiam personalem, non inducitur vacatio primi ipso iure, sed datur etiam hodie optio ex dict. cap. referente, & capit. præterea. quia iura noua, quæ inducunt priuationem primi ipso iure, loquuntur in duobus curatis, vel dignitatibus, & personatibus, & non debent extendi ad duo simplicia, vel vnum simplex, & aliud curatum. Et ampliat supra dicta Oldrad. vbi supra, etiam si in ipsa gratia apponatur grauamen, vt resideat in hoc loco beneficij, alioqui ipsa gratia, & ipsius effectus nullius sit penitus momenti, quia est monitio & comminatio.

3 Hodie † namque attento dict. decreto sancti concil. cessat hoc dubium, quia eo prohibetur pluralitas & collatio beneficiorum vni personæ facienda, & tantum permittitur vnius beneficij prouisio, quamuis sit simplex, vt probatur in illis verbis, vt in posterum vnum tantum beneficium ecclesiasticum. &c. Quandoquidem liquet, beneficia simplicia esse beneficia ecclesiastica, & quæ non possunt obtineri absque institutione, & collatione canonica, vt in regula beneficium, & ibi doct. de regul. iur. in 6. & probatur vlterius expressè in d. decreto, ibi, hęc quę non modo ad cathedrales ecclesias, sed etiam ad alia omnia beneficia tam secularia, quam regularia quæcunque, etiam commendata, pertineant, cuiuscunque tituli ac qualitatis existant. Maximè cum ambo beneficia, quæ nunc possidet dict. Ludouic. sint incompatibilia, requirentia residentiam personalem in diuersis ecclesijs, & locis, & vnum eorum sit beneficium parochiale. In quibus duobus beneficijs militant rationes iuris prohibentis pluralitatem beneficiorum: cessant etiam supradicta in nostro casu attenta d. clausula bullarum, volumus autem &c. Per quam etiam cessat opinio aliorum tenentium, quod quando quis habet vnum beneficium in habitu, & aliud in actu, & posteà efficitur in actu primum beneficium, datur ei optio: nam in proposito cōtrarium deciditur per d. clausulam, & per iura infra allegganda.

Secundò, quia dictus Ludouicus accepit iam diù possessionem dict. regressus, & beneficij curati, antequam sortiretur effectum regressus huiusmodi ad tempus, quo sortiretur eundem effectum. Itaque morte dict. Petri iam sortitus est effectum dict. regressus simul cum possessione, & verificata fuit omnino dicta clausula, volumus autem. &c.

Tertiò, quia ad impetrandum hoc beneficium societatis non fuit facta mentio Summo Pontifici huius possessionis, quam nactus fuerat iam dict. Ludouic. virtute dict. regressus, ad tempus effectus regressus. Nam si dict. possessionis fieret mentio Summus Pontifex in concessione gratiæ dict. societatis exprimeret & præciperet, quòd quam primum sortiretur effectum regressus huiusmodi, eo ipso vacaret societas, nec requireret iam captionem

nem possessionis beneficij parochialis quandoquidem eam cepisset. Et quia huius possessionis non fuit facta mentio Summo Pontifici, praecipit, vt quam primum sortiretur effectum regressus & dict. Ludo. nancisceretur possessionem, vacaret eo ipso societas.

4 Quartò, † per tex. in extrauaganti execrabilis, Ioann. 22. de praeb. in vers. qui verò, deinceps. Vbi praecipitur quòd recipientes dignitatem, vel personatum seu officium curam animarum habens, si ante simile beneficium obtinebant (hodie vel quodque aliud ecclesiasticum, vt in dict. decreto Sancti Concilij Triden.) absque morae dispendio in ordinariorum manibus dimittere tenentur verbo, & facto, ac sine fraude sub testimonio publico: imò dict. primo beneficio priuati sunt ipso iure, postquam secundi possessionem habuerint, vel per eos omni dolo, & fraude cessantibus, quominus habeant, steterit. Qui tex. est expressus in proposito, & maximè notandus in duobus. Primò, quod acceptans secundum beneficium eo ipso tenetur dimittere primum beneficium in manibus ordinarij (qui est Episcopus, vt probatur in eodem tex. inferius in versi. caeterum ordinarios intelligimus in casibus supra scriptis, Episcopos, in quorum ciuitatibus, vel dioecesi consistunt beneficia seu aliquod eorum, &c.) verbo & facto absque fraude sub testimonio publico, & hoc sine morae dispendio. Et ità praefat. Ludouicus nullum terminum habet ad optandum, neque declarandum sicut minus bene praetendit contra illum text. & hoc non facto remanet priuatus ipso iure secundo beneficio vt in dict. text.

Secundò notandus est ille text. ad hoc, quòd quamuis acceptans secundum beneficium non faciat dimissionem primi in forma supradicta, statim quòd nanscitur possessionem secundi beneficij, vel stat per eum, quominus eam accipiat tenetur priuatus ipso iure dict. primo beneficio. Cùm igitur dict. Ludouic. habeat iam possessionem dict. secundi beneficij curati, stetque praeterea per eũ, quominus eam ratificauerit, vel de nouo acceperit sicut sibi permissum & concessum fuit expresse, per illustrissimam vestram dominationem, nec fecerit dimissionem dict. primi beneficij, nec curati in forma publica supradicta, imo eum cautela & fraude ambo beneficia retinere velit, quandoquidem contendit se habere sex menses ad declarandum, & optandum vnum eorum, & nullum dimittit, remanet & est priuatus ipso iure, dicto beneficio, societatis, nuncupato: quod est primum beneficium, cuius habuit prius possessionem cum effectu, & perceptione fructuum, tam iuxta illum text. quàm secundum clausulam, volumus autem, &c bullarum gratiae, dict. societatis.

5 Et per † dict. extrauagantem probatur etiam manifestissimè, minime habere praefat. Ludoui. aliquem terminum ad declarãdum vtrum beneficiũ supradictorum eligat habere, & vtrum dimittere, sed quod sine morae dispendio statim tenetur dimittere primũ, & est eo ipso iure priuatus postquam secundi possessionem habuerit, vel steterit per eum quominus habeat. Et idem ante illius text. promulgationem decisum extabat, nempe quod per adeptionem secundi beneficij curati, vacaret ipso iure primum, & eo existeret priuatus possessor nullo sibi concesso termino ad declarandum, nec ad optandum per text. in cap. de multa de praeben. cum concordant. per quem text. corriguntur iura antiqua scilicet text. in cap. referente & in cap praeterea, eodem titulo de praeb. concedẽtia optionem possessori, vt aduertit, & deducit glossa in d. cap. de multa, verb contenderit, & ibi doct. Abb. in d. c. quia nonnulli, nu. 4. de cleric. resid. & ibi additio marginaria bonas remissiones allegat. & Archidi. in d. cap. ordinarij, num. 3. de off. ordin. lib. 6. & ibi Dominicus in vers. quod si forte, num. 4. Et hoc planum & absque dubio hodie est attenta decisione noua d. extrauagantis, & decreto supradict. sacr. Concilij Trident. & clausula supradict. volumus autem, &c. dictarum bullarum.

6 Quintò † vltra supra dict. iustitia fiscalis in hac causa fundatur, & probatur p text. in c. ordinarij, qui renouatur, & seruari praecipitur per decretũ 5. sessionis 7. sacri Concilij Trid. quo probatur, quod ordinarius potest, & debet districtè compellere habentes pluralitatem beneficiorum in suo episcopatu, vt intra modicum tempus pro facti qualitate arbitrio ordinariorum moderando exhibeant dispensationes, quarum authoritate possident dicta beneficia. Quod si non fecerint, nec exhibuerint in d. termino iusto impedimento cessante, eo ipso videatur constare eos illicitè praedict. beneficia obtinere, & illi ad quos eorum collatio pertinet debent praedict. beneficia liberè prouidere personis idoneis. Ergo cum hic terminus fuerit assignatus praefato Ludouico per vestram illustrissimam dominationem, & non exhibuerit, nec produxerit dispensationem aliquam, nec alleget, eam se habere, ad minus debet prouideri dictum beneficium societatis tanquam vacans per supradicta personae idoneae, à dominatione vestra suoquè capitulo eligẽdae (quia ad eos etiam pertinet prouisio & collatio d. societatis) vt in d. cap. ordinarij. Quo probatur, & ibi doct. apertè insinuant, & praesupponũt quod hoc casu dominatio vestra ex proprio officio absque partis petitione potest procedere, quia proprium officium pastoris in hoc consistit.

7 Sextò † ad idem est optimus tex. in c. licèt Episcopus, de praeb. in 6. vbi probatur, quod Episcopus potest de iure alteri conferre beneficium curatũ, quod aliquis obtinebat, postquam aliud recepit cõsimile, ac ipsius possessionem pacificam habuit, vel per eum stetit, quominus haberet eandem, vbi glos. allegat etiam text. in cap. commissa, §. 1. de elect. in 6. qui, alio licèt in proposito, idem probat, scilicet, paria esse, accepisse possessionem beneficij, & stare per eũ, quominus eam habeat. Et cum his remanet bene fundata pars haec fiscalis & sine dubio.

Solum

Solum reſtat ſcire vtrùm ſententia, quæ feren-
da ſit ſuper hoc negotio, in qua debet declarari va
caſſe d. beneficium ſocietatis, & mandari debet
prouideri perſonæ idoneæ, ſit exequenda cum ef-
fectu ſpoliando d. Ludouic. a ſua poſſeſſione d. be-
neficij, non obſtante ipſius appellatione?

8 Et † primò videtur, quòd ſic: ex traditis per In-
nocent. & Cæteros doct. in capit. accepta de reſtit.
ſpoliat. ad fin. dum dicit. Item in primo caſu, & in
omnibus & alijs, vbi ius perdidit ille, qui eccleſiã
poſſidebat, licet Epiſcopo ſine alia cauſæ cogni-
tione, ei auferre poſſeſſionem, quia in hoc exequi-
tur ſuum officium, vt hic & infra de inſtit. cap. 3.
ſupra de pact. cap. accepimus & cap. cum clerici.
Sed non ſic in ſecundo caſu, quia ibi nunquam li-
cèt auferre poſſeſſionem, niſi poſt ſententiam. Et
vltra ordinarios ibi ſequitur hoc dictum Innocen-
tij dicens ſingulare Roman. conſil. 483. incip. du-
bitatur, 3. colum. nu. 9. verſ. ſed tamen his non ob-
ſtantibus, & iterum col. 6. ver. non obſtat & Lu-
dou. Mexia in l. Regia Toleti, De los terminos, 1.
p. 10. fundamento, nu. 34.

Secundò, † per text. in cap. conſtitutis el ſecun-
do de appella. vbi electio & collatio beneficij va-
cantis facta alicui non impeditur prætextu appel-
lationis ab ea interpoſitæ.

9 Tertiò † per dictum decretum 3. ſeſſione 7. ſa-
croſancti concilij. Trident. ibi, Appellationibus,
priuilegijs, & exemptionibus quibuſcunque, &c.
10 in præmiſſis, minimè ſuffragantibus. Sed † pro
contraria parte facit text. in dict. cap. licèt epiſco-
pus, de præben. in 6. vbi probatur, quod licèt epiſ-
copus poſſit conferre alteri beneficium curatum
primum alicuius, poſtquam ſecundi poſſeſſionem
accepit, vel per eum ſtetit quò minus haberet ean
dem, illum tamẽ cui contulerit, non debebit, poſ-
ſeſſore non vocato (cum, ei forſan poſſit ius com-
petere retinendi) in poſſeſſionem illius inducere
corporalem. Ex quo text. plures determinationes
& doctrinas doctorum refert atque cumulat in
fauorem iniuſti detentatoris beneficij ad hoc, vt
eo non debeat priuari, nec ſpoliari ordine iuris
non ſeruato, quamuis beneficium vacet de iure,
Felin. in cap. cum olim, num. 15, col. 3. illius nu-
meri, in verſ. vbi autem certum non eſt, de ſenten-
tijs & re iud. Quamuis in princip. d. num. 11. in-
telligat d. text. alios allegans quando poteſt eſſe
dubium de iure poſſidentis, nam poſſeſſor benefi-
cij intruſus notoriè & inexcuſabiliter poteſt ſpo-
liari non vocatus. Sed in noſtro caſu d. Ludoui-
cus non videtur intruſus, ſed poſſeſſor cum ti-
tulo.

11 Quia † intruſus dicitur, qui abſque titulo eius,
qui dare poteſt, tenet beneficium, & non ille qui
ab illo habet titulum, qui dare poteſt, licèt de ip-
ſius prouiſi, vel tenentis titulum, validitate dubi-
tetur, vel diſputetur, vt cum Innoc. & Compoſt.
in c. nihil eſt, in gloſſa magna, circa medium de
elect. tenet Rota, dec. 13. de cauſa poſſeſſ. & pro-
priet. in antiquis, fo. mihi 22. col. 4. in princip. &
Additio margin. allegat Felin. ſequitur Rebuff. in
praxi benef. in regula cancella. de ſubrogan. col-
litig. in verb. dummodo præfatus collitigans, &c.
gloſſa 4. num. 4. ſequent. fol. 330. Vbi etiam ponit
alios ſeptem caſus quibus aliquis dicitur intruſus
& nullus eorum conuenit in propoſito.

12 Nec † etiam d. Ludouicus accepit poſſeſſionẽ
d. beneficij ſocietatis ante collationem: hoc enim
ſi feciſſet eſſet intruſus ſecund. Abb. in cap. cum
iam dudum, de præbend per illum text. & poſtea
collatio illi facta non valeret, vt ibi & in c. in no-
ſtra, per Felinum de reſcrip. tradit Rebuff. in dict.
praxi benef. tit. de miſſion. in poſſeſſ. nu. 8. fol. 88.

13 Item † dictus Ludouicus nõ intrauit poſſeſſio-
nem huius beneficij propria authoritate: quo ca-
ſu diceretur etiam intruſus, quamuis cum ſi-
gnatura ingrederetur, vt per eoſdem Doctores,
vbi ſupra & per eundem Rebuff. alios allegantem
in dicta praxi beneficiorum, in forma, & declara-
tione nouæ prouiſ. in verſiculo per ſe vel alium fo
lio 220. ſed cum titulo canonico habito ab eo, qui
poterat dare, ingreſſus eſt poſſeſſionẽ huius bene-
ficij, & authoritate ſententiarũ in contradictorio
iudicio latarũ à iudicibus apoſtolis huic negotio
ſpecialiter deputatis per Summum Pontificem.
Vnde non debet iuris ordine non ſeruato prædict.
14 beneficio ſpoliari. Quia † licet hoc caſu vacet be-
neficium de iure, non tamen vacat de facto, quo
caſu non eſt ſpoliandus poſſeſſor iuris ordine non
ſeruato, vt eſt tex. de hoc in cap. cum in noſtris, de
conceſ. præb. & ibi Abb. n. 19. optimè tradit & di-
15 ſtinguit. Et † Archid. in dict. cap. licèt, de præbend.
in 6. nu. 2. inquit, quod poſſeſſor non remouebi-
tur à ſua poſſeſſione, licèt vitioſa, ſine cauſæ cogni-
tione, ex quo titulo poſſidet, licèt iniuſto, idem te-
net gl. in d. c. licèt, in verbo, te non vocato per tex.
in cap. volumus, 16. quæſt. 4. Et ſic intelligit tex. in
dict. c. cum in noſtris, & alia iura ibi allegata, vbi
gloſſa in fine dicit. Et quod hic dicitur idem intel-
ligo ſecundum prædict. doct. in omni caſu, in quo
priuatus eſt quis ipſo iure, vt in terminis cap. li-
cèt canon. de elect. in 6. licèt vtilis eſſet declaratio.

Si ergò poſſeſſor beneficij licèt iniuſtus debet
citari, & audiri antequam ſpolietur, videtur quod
licet vna ſententia ſit condemnatus, & declaretur
vacare dict. beneficium, ſi ab ea legitimè appelle-
tur, quod non poſſit exequi, quandoquidem eſt
vna tantum ſententia in qua declaratione potuit
16 grauari poſſeſſor. Quia † licèt à pœna legis vel ca-
nonis non appelletur, vt in c. quia nos, de appell.
& in l. ſi qua pœna, ff. de verb ſigni. à declaratione
tamen ipſius, (hoc eſt) in ipſam incidiſſe, quando
conſtat non incidiſſe, vel eſt dubiũ, bene admitti-
tur appellatio. Hæc eſt gloſſa ſingularis in c. cu-
pientes, verbo priuatos, in verſ. ſi autem. de electio
ne in 6. quam ſingularem & legiſtis incognitam
appellat Curt. Iuni. plures optimas remiſſiones
ad hoc allegans in l. vnic. in princip. nume. 41. ff.
ſi quis ius dicent. non obtemper. Et hoc videtur
eſſe quod voluit dicere text. in dict. c. licèt Epiſco-
pus. ibi, Cum ei forſitan poſſit competere ius reti
nendi. Et licèt ſententia lata in contrarium ſolida

appa-

apparcat, appellatione tamen ab ea interposita suspenditur iudicatum iuxta text. in l. 1. §. fin. ff. ad Turpil. iuxta eius communem intellectum & resolutionem: quia iudici appellationis poterit videri contrarium.

17 Hinc est, † quod retinens beneficium post priuationis, & depositionis sententiam à qua appellauit, non dicitur intrusus (sicque bene poterit id retinere post appellationem, nec ei, ea pendente auferendum est) Innoc. in capit. qualiter, el 2. col. 3. num. 10. de accus. quem refert, & sequitur alios allegans Rebuff. in praxi benefic. in dict. regula cancellar. de subrogand. collit. glos. 4. numero 10. fol. 331.

18 Præterea † hoc videtur in terminis tenere Archid. in dict. c. ordinarij. num. 3. dum dicit, quod in omnibus casibus, in quibus beneficiatus ipso iure vel per sententiam hominis iam ritè latam, & quæ iam transiuit in rem iudicatam, perdidit ius, quod habebat in beneficio potest & debet conferri alij beneficium, & licet Episcopo, ei, qui ius perdidit, auferre possessionem si ipsi incumbat de facto, sine alia causæ cognitione: quia in hoc exequetur officium suum, vt in dict. c. accepta, de rest. spoliat. Et sic videtur intelligere doctrinam Innocēt. in dict. capit. accepta, supra relata pro contraria parte, scilicet, quando præcessit sententia transacta in rem iudicatam, idem refert & sequitur Dominicus ibidem in dict. cap. ordinarij, vers. quod si forte, numero 7. vbi cum Ioan. Andr. intelligit Innoc. vbi supra & sequaces, dum loquitur de priuatione iuris, esse verum quoad collationem beneficij. Sed dicunt de possessione esse falsum, vt in dict. capit. licet Episcopus, nisi intelligas de priuatione iuris declarata per sententiam iudicis, vt hæc sit mens, quod siuè per sententiam declaretur priuatus, siue priuetur, procedat, quod illi dicunt: Et hac secunda parte retenta posset responderi textui in dict. cap. constituris, el secundo, adducto pro priore, quod loquitur, quando beneficium vacat de iure, & de facto, quia in casu illius tex. nemo erat in possessione, & appellatio fuit interposita à decano opponente in personam electi, vel prouisi. Non etiam obest decretum supra session. 7. conc. Tri. in verbis sup. relatis: quia quatenus tollit appellationem, videtur loqui respectu ratum assignationis congruæ portionis fructuum beneficiorum, quæ ibi vicarijs fieri præcipitur vt cōstat ex decreto 6. sess. 21. eiusdem concilij. Quid dicendum?

Mihi, supra proximè dictis minimè obstantibus, prior sententia videtur amplectenda, videlicèt, vt lata sententia contra ipsum Ludouicum exequi statim possit, sua appellatione non obstante: & hoc propter expressam prouisionem summi Pontificis Pij V. factā in prædict. bullis societatis scilicet, vt cum primum, &c. A qua non licet appellare, cum contineatur in literis apostolicis: & ea lege sit collata dict. societas Ludouico præfato, & nō alias, nec alio modo: ipseque Ludouic. cādem, cum prædict. lege acceptauerit ceperitque possessionem ipsius: & sic non possit vllo modo aduersus proprium factum, & tenorem literarum apostolicarum venire. Quo fit vt plusquam manifestissimum sit, quod prædict. Ludouico optio non cōpetat: quia verificata est conditio bullarum, & à forma tradita recedere nō licet. Et tenendo hanc partem prout tenenda est, minime obstant adducta pro contraria: quia ipsa cessant in nostro casu cum prædict. Ludo. fuerit citatus, & auditus, & sic causæ cognitio interuenerit, nullamque exceptionem alleget, quæ non sit contra prouisionem expressam summi Pontificis, ab eodem Ludoui. receptam tempore, quo cepit possessionem dict. societatis. Quo fit, vt appellatio quoque minime sit admittenda à prædict. sententia declaratoria eius, quod in dictis literis apostolicis continetur, cum de verificatione prædict. cōditionis (scilicet, in euentum, quod regressus sortiatur effectum non dubitetur: quia est notorium sortitum iam fuisse effectum, pro vt constat ex processu: & pars aduersa id minime negat.

19 Et † in notorijs non admittitur appellatio cap.
eum sit Romana, & cap. eum sit speciale, §. porrò,
20 & ibi Decius colum. 1. nu. 5. de appell. Nec † etiā
admittitur in actu, quem quis approbauit: quia
ab eo appellari non potest, vt in l. ab eo, C. quomodo
& quando iud. & l. fin. C. de tempo. appell. tradit
Marant. de ordi. iudic. 6. p. princ. tit. de appell.
21 nu. 306. Item † ab actu, qui fit secundum iuris dispositionem
& canonicas sanctiones; & à iudice
iuris dipositionem, & decretum exequente non
potest appellari, tex. in c. consuluit, el secundo, de
appel. Marant. vbi supra, nu. 345. Placentiæ mense
Septembris ano. 1572. Lis hæc fuit iudicis decreto
ità diffinita, iuxta hoc consilium in fauorem
dict. fiscalis, à quo fuit appellatum à prædict. Ludouico,
& ad regiam cancellariam Vallisoleti negotium
deductum, vbi alio decreto declaratum
fuit iudicem non grauasse prædictum Ludouicum
in non deferendo suæ appellationi: & causa fuit
remissa ad prædict. iudicem, à quo.

S V M M A R I A.

1 *Restitutus ad gratiam reuocatam, intelligitur restitutus, sine alterius præiudicio: vnde alteri ante restitutionem impetranti præferri non debet.*

2 *Restitutus recuperat bona quæ non sunt in alium translata.*

3 *Quādo quis reducitur ad corpus à quo aufugerat ponitur in deteriori stallo, & quomodo hoc intelligatur.*

4 *Minor restitutus ad beneficium renuntiatum, non censetur restitutus cum illud fuerit alteri collatum.*

5 *Confirmatio summi Pontificis facta absque causæ cognitione nihil iuris tribuit, nec operatur confirmationem actus nullius.*

6 *Confirmatio dicitur facta in forma communi, quoties in ea fit mentio iustæ concessionis.*

7 *Confirmatio facta in forma cōmuni nullum affert præiudicium tertio, sed recipit tacitam conditionem si ita sit, scilicet, si iuste possideatur.*

8 *Confir-*

8 Confirmatio, vt validet actum nullum, requiritur causæ cognitio, & certa scientia.

9 Causæ cognitio facta in nimis breui tempore nõ sufficit.

10 Confirmatio in forma communi facta ex certa scientia tribuit ius, sed hoc intelligitur quando est modicum præiudicium, secus si graue, ac enorme. nu. 12.

Item procedit quando preces rei confirmatæ veritate nituntur, aliàs secus. nu. 13.

11 Confirmatio tunc temporis censetur facta ex certa scientia quando inseritur in ea tenor rei confirmatæ.

14 Confirmatio quamuis facta fuerit cum clausula, ex certa scientia, & de plenitudine potestatis, si sint subreptitia, nihil operatur.

15 Clausula motus proprij quamuis purget vitium subreptionis, non tamen tollit falsitatem causæ expressę Imperatori, & ius tertij.

16 Confirmatio Papæ ex certa scientia, quando validet inuestituram aliàs inualidam?

17 Confirmatio subreptitia, etiam cum clausula, ex certa scientia, facta, non valet.

Clausula, ex certa scientia, nihil operatur nisi in ijs, de quibus princeps præsumitur habere scientiam certã, sicut sunt ea, quæ consistunt in iure, non autem operatur in ijs, quæ sunt facti, eodem nu. 17.

18 Rescripta, seu priuilegia ex certa scientia ac motu proprio concessa nihil operantur in præiudicium tertij.

CONSILIVM VNDECIMVM.



IN causa vertente inter Ildephonsum, & Franciscũ super beneficio ecclesiastico vulgò dicto, Media racion, in fauorem dict. Ildephonsi vltra allegata, & probata in processu tam in iure quam in facto faciunt sequentia.

1 Primo tex. in c. quamuis. de rescrip. in 6. Vbi † expresse probatur, quòd si restituatur quis ad gratiã reuocatam, intelligitur restitutus sine alterius præiudicio: vnde alteri ante restitõnem impetrãti præferri non debet. Et sic est ibi tex. pro doctrina Bar. in l. Gallus. §. & quid si tantũ, nu. 12. ff. de liber. & posth. vbi notãr, quòd restitutio in integrum facta
2 à principe non aufert ius alterius. Et † sic debes limitare (inquit Bart.) l. 1. 2. & 3. C. de sententiam pass. quæ dicunt quòd restitutus recuperat bona: nam intelligitur, quę non sunt in alium translata, & sequuntur ibi Pau. de Cast. nu. 14. Ias. 62. & 63. & Anto. Gom. in l. 1. Taur. col. penul. Quã doctrinam pluribus alijs decisionibus cõprobat, & communem testatur plurimos allegans Iacobus Menoch. de recup. possess. 10. remed. nu. 101. & pluribus sequent. fol. 108. & Roland. à Valle, affirmans eam esse communem consi. 45. nu. 4. & sequentib. lib. 4. vbi aliquibus modis limitat, quæ limitationes in proposito nõ conueniunt. Restitutio igitur facta in fauorem d. Francisci in suam capellaniã & antiquitaté, minimè nocere potest d. Ildephonso, cui tũc iam erat ius acquisitum cum possessione in altera capellania. Neque obstat limitatio text. in dict. ca. quamuis. ibi, nisi de hoc expresse dixerimus: quia in proposito non est expressum contrarium. Vel secundò, quòd etiam si esset expressum adhuc nihil præstaret: quia cõfirmatio summi Pontificis fundatur super narratione falsa facta à Decano, & capitulo ecclesiæ Pacensis, vt constat ex processu: igitur nihil releuat, vt ex infra dicendis apparebit.

3 Secundò facit † optima doctrina Ioannis de Platea, in l. Metallarij, numero 2. ad fi. C. de metallarijs, libro 11. vbi tenet, quod quando quis reducitur ad corpus, à quo aufugerat, ponitur in deteriori stallo: quia vbi erat in primo loco, propter eius absentiam ponitur in vltimo. Quod procedit secundum ipsum in officijs, in quibus est honor oneri admixtus, secus si continerent solum onus. Nam in nostro proposito capellaniæ d. Ecclesiæ Pacensis, super quarum antiquitate litigatur, continent & honorem, & onus: honorem, quia ascendunt ad dimidias rationes: onus, quia capellani habent proprium, & peculiare onus residendi, diuinis officijs in dict. ecclesia dicendis & celebrandis, item & canendi. Igitur optimè cõuenit in proposito doctrina Plateæ vbi supra, quam in terminis refert & sequitur ad bonã quæstionem Franciscus Auiles in c. 44. prat. in glo. platicare. num. 3. fo. 239. vbi alia in nostrum propositum conducentia & fauorem adducit: sequitur alios allegans Iacob. Menoch. vbi supra, nu. 105. & sequent.

4 Vbi nu. 104. cum glo. & alijs tenet, † quòd minor restitutus ad beneficium renuntiatum non censetur restitutus, cũ illud fuerit alteri collatum.

5 Tertiò quia † confirmatio Summi Pontificis, qua pars aduersa nititur, cũ sit in forma cõi & absque causę cognitione nihil iuris tribuit, nec operatur confirmationem actus nullius (prout fuit restitutio siuè receptio facta à Decano, & capitulo dict. ecclesiæ Pacensis, parti aduersæ in priorem capellaniam cũ sua antiquitate, ex defectibus in processu allegatis) vt tenet allegans Dec. in c. secundo. nu. 5. de confirm. vtil. vel inutil. Omitto alios, quia planum est, & prætereà sunt allegati per aduocatum dict. Ildephõsi: vltra quos tradit nouissimè plures referens. D. Moli. de Hispan. primog. li. 2. cap. 7. nu. 7. fol. 268.

6 Et quòd † prædict. confirmatio sit facta in forma communi probatur: quia in ea facta est mentio iustæ concessionis: quo casu dicitur facta confirmatio in forma communi, & non tribuit ius, vt probatur in c. examinata, de confirmat. vtil. vel inutil. tenet Alex. cons. 1. nu. 35. li. 5.

7 Cõfirmatio † enim facta in forma communi nullum afferr præiudicium tertio, sed recipit tacitam conditionem, si ita sit, scilicet, si iustè possideatur, secundum Rebuff. in tractatu de decim. quæstio. 13. num. 91.

8 Item †. & 2. probatur, quia ad hoc, vt confirmatio dicatur facta, vt validet actum nullum, requiruntur duo formalia, videlicet, causæ cognitio, & certa scientia: quia confirmatio simpliciter facta, & siue causæ cognitione, & certa scientia non supplendo defectum vitij non valet, vt cum Ant. de Butrio, & alijs latè optimeque probat idem Alex.

cons.

conf. 125. nu. 18. & sequent. vol. 4. Qui omnino videndus est in proposito, nam bene probat vtrumque requiri necessario, scilicet, causæ cognitionem & certam scientiam ad hoc, vt confirmatio fit in specifica forma, vt validet actum nullum; sequitur alios referens D. Molina vbi supra, nu. 26. & in 2. p. lib. 3. c. 3. nu. 12. fol. 15. Sed in proposito prædict. confirmatio fuit facta absque causæ cognitione, & certa scientia igitur nullum ius tribuit aduersæ parti.

9 Imo † vt tenet Alex. dict. consi. 123. num. 24. & sequen. non sufficeret ad hoc causæ cognitio facta in nimis breui tempore: sed in præsenti casu, nulla fuit adhibita, vt constat ex ipsa cõfirmatione; ergo nihil operatur.

10 Nec obstat † si dicatur, quòd confirmatio in forma communi facta ex certa scientia tribuit ius & confirmat, quòd nullum est vt cum Cardin. Abb. & alijs resoluit Dec. in dict. cap. 2. num. 6. de confirm. vtil. vel inutil.

11 Et quod † tûc temporis censetur ex certa scientia facta confirmatio quando in ea inseritur tenor rei confirmatæ, vt in c. venerabilis, de confirmat. vtil. vel inut. & ibi notant Abb. & Decius notab. 1. & alij, communem testatur alios allegans D. Molin. vbi supra dict. lib. 2. c. 7. nu. 9.

12 Quia † primò respondeo, hoc procedere, quando est modicum præiudiciũ, secùs si graue, ac enorme sit. (vt in proposito) ita plures allegans D. Molin. d. c. 7. nu. 16. 23. & 24.

13 Secundò † respondeo supra dict. communem opinionem procedere, quando preces rei confirmatæ veritate nituntur, alias secus, vt probat expresse text. in dict. cap. venerabilis, in fin. ibi, Mandamus, quatenus si præmissis veritas suffragatur, &c. Et in terminis ita tenet, & bene probat alios allegans Rota noua 2. de confirmat. vtil. vel inutil. & Decius in d. c. venerabilis, in princip. & omnium optime probat latissimè plures allegãs Roland. à Valle cons. 1. nu. 157. & pluribus sequent.

14 lib. 1. dicens † quod confirmatio quamuis facta fuerit cum clausula ex certa scientia, & de plenitudine potestatis, si fuit subreptitia, quia continebat falsa narrata, nempe quia in impetratione expressit non dicenda, & tacuit exprimenda, nihil operatur.

15 Et idem † ibi concludit num. 163. in clausula motus proprij, vt quamuis purget vitium subreptionis, non tamen tollat falsitatem causæ expressæ imperatori & ius tertij, secundum Dec. consil. 407. col. penul. vbi tenet, quod clausula motus proprij non tollit falsitatem causæ narratæ summo Pontifici, & ius tertij. Idem Decius cons. 544. col. fin.

16 Item † Rolan. à Valle vbi supra, nu. 162. concludit cum Paul. de Cast. quòd tunc confirmatio facta per Papam ex certa scientia validat inuestituram, alias inualidam, quando Papa sciens eam inualidam, tanquam inualidam volens eam facere validam confirmasset, & volens alteri præiudicare; secus si illam confirmasset, tanquam validam, ignorans illam inualidam, & si alteri præiudicare, quia non fuit aliquid expressum de inualiditate, vel de præiudicio, quod alteri fiebat: quia tunc non præsumitur tollere actus suppressos & tacitos & alieni præiudicare.

17 Quod etiam † probatur ex eleganti doctrina Baldi in l. fi. num. 7. C de sententiam pass. vbi tenet, quòd confirmatio subreptitia, etiam cum clausula ex certa scientia facta non valet: quia clausula supra d. nihil operatur, nisi in ijs, de quib. princeps præsumitur habere scientiam certam, sicut sunt ea, quæ consistunt in iure, non autẽ operatur in ijs, quæ Princeps præsumitur ignorare, prout ea, quæ sunt facti; refert & sequitur plures allegans D. Molin. vbi supra, d. c. 7. num. 15.

18 Facit † prætetea, quia rescripta, vel priuilegia ex certa scientia ac motu proprio concessa, nihil operantur in præiudicium tertij, vt pluribus relatis affirmat Menoch. de arbitr. iudic. lib. 2. q. 9. num. 11. Sed supradicta confirmatio, qua nititur pars aduersa fuit facta super falsa narratione in pluribus, & omissa fuere alia, quæ sunt considerata, & late allegata in processu, itidem & probata & constant manifestimè ex actis processus, & ideo non repeto. Nihil igitur valet, nec operatur supradict. confirmatio, etiam si facta fuisset ex certa sciẽtia, & plenitudine potestatis & motu proprio per supradicta, maximè, quòd causæ cognitio non intercessit, quo casu supradictæ clausulæ effectum non producunt, vt vltra Alexan. vbi supra, cum Decio tradit Roland. à Valle vbi supra, nu. 164.

Nec obstat, quòd in prædict. confirmatione videtur facta mentio iuris, & antiquitatis aliorum capellanorum dictæ ecclesiæ: ac per consequens illis videtur præiudicare voluisse summum Pontificem. Quia resp. quòd illa mentio fuit facta sub falsa narratione, & omissione veritatis, & præterea confirmatio facta absque causæ cognitione. Quo casu nihil valet vt supra probatum est: quia Papa in prædict. confirmatione existimauit iustam esse concessionem factam à Decano & Capitulo parti aduersæ ex falsa causa sibi narrata, & omissa veritate: quò circa minimè præiudicari tertio de iure, existimare potuit: Vnde cum veritas sit in contrarium respectu causæ, & facti narrationis, consequens est, vt Papa tertio noluerit præiudicare hoc casu ex pluribus iuris regulis & textibus expressis. Quare existimo secundum allegata, & probata attenta iuris dispositione, iustitiam notoriam fouere d. Ildephons. rectius sentientis salua correctione, Placentiæ 15. die Iunij, Anno. 1573. hæc lis definita fuit à iudice apostolico coram quo pendebat, iudicio sui assessoris doctissimi in fauorem d. Ildephonsi 29. die Ianuarij Anno 1574. nam fuit confirmata electio & collatio præd. dimidiæ portionis à Decano & capitulo ecclesiæ Pacensis facta in fauorem d. Ildephonsi, & fuit impositum perpetuum silentium d. Francisco super prædict. beneficio.

S V M-

SVMMARIA.

1 Emphyteusis, non potest alienari in ecclesiam.

2 L.68. Tauq. quæ hodie est l. 1. tit. 15. lib. 5. noua Re. Regni, quomodo practicetur.

3 Emphyteusis, vt cadat in commissum ob indebitam alienationem, requiritur traditio ipsius.

4 Domino plurimum interest, vt propter caducitatem sibi ius quæratur absque eo, quod aliud interesse eueniat.

5 Authoritas doctorum est probabilis & non necessaria. Opinio doctorum quando est communis & bene fundata non est recedendum ab ea in iudicando & consulendo, eodem num. 5.

6 Glossæ dictum quando sequitur aliquis doctor, censetur communis illa opinio.

7 Deficiente iure canonico, ad ius regium est recurrendum, etiam in foro ecclesiastico.

8 Alienans non incidit in commissum, vel pœnam quando alienatio fuit nulla.

9 Tenor inuestituræ est attendendus.

10 Vno ex hæredibus cessante soluere canonem licet alter soluat, tota res incidit in commissum.

11 Emphyteuta priuati sicut ecclesiæ propter deteriorationem rei emphyteuticæ potest ab illa expelli.

12 Per prouisionem hominis censetur recessum a prouisione legis in priuilegijs, secus in iure communi.

13 Omnis conuentio, & ius implendi conditionem etiam potestatiuam transit ad hæredem licèt de ea non fiat mentio.

14 Pactum de retrouendendo ex parte primi venditoris transit ad hæredes etiam si hoc in pacto non fuerit expressum.

15 Ius excipiendi competens venditori competit etiam & transit in singularem successorem, & sic in emptorem.

16 Ius redimendi rē, quæ incidit in commissum transit ad hæredem.

17 Emphyteuta nec ipsius hæres potest postquam incidit in commissum rem redimere virtute clausulæ & pacti de redimendo, quia domino directo debet applicari, & adiudicari & numeris sequent.

18 Ius redimendi, siuè luendi rem concessum vni non trāsit ad hæredem ipsius præcipuè quando hæc concessio non competit iure proprio sed alterius.

19 Hæres non debet nec potest esse melioris conditionis, quam defunctus.

20 Purgatio moræ non habet locum facta declaratione domini volentis accipere rem per commissum.

21 Purgatio moræ hoc casu lege regia partitarum est licita intra decem dies post moram commissam, sed debet intelligi non sequuta d. declaratione domini, alias secus.

22 Commissum in faciendo est grauius delictum, quàm commissum in omittendo.

23 Sententia iudicis non requiritur ad hoc, vt res incidat in commissum sed sufficit declaratio domini.

24 Clausulæ diuersę contractus debent concordari, & qualibet debet intelligi, quòd procedat in suo casu, vt sic omnes conuentiones seruentur, & euitetur correctio & repugnantia.

25 Clausulæ vbi plures sint vt in vno contractu vel instrumento quæ adinuicē videtur repugnare debet per subdiuisionem, vel distinctionem iuuari instrumentum.

26 Verba debent intelligi secundum subiectam materiā, & naturam contractus.

27 Clausula in fine posita refertur ad omnia præcedētia.

28 Clausula præcedēs est maioris efficacia ad declarationem sequentium quam è conuerso, nisi sit correctiua.

29 Clausula, rebus sic stantibus in eodem statu permanentibus semper intelligitur, in contractibus etiam iuratis, & in alijs dispositionibus.

30 Emphyteuta non potest redimere rem emphyteuticam venditam sine consensu domini in præiudicium prælationis vel commissi domino acquisiti, idem est in vasallo, num. 31.

32 Clausula iure dominij in reseruatione feudi vel emphyteusis operatur, quod si antea feudatarius, vel emphyteuta ceciderit a iure suo ob aliquam causam non prosit sibi noua reformatio.

33 Iurans soluere vsuras licèt petere possit absolutionem, & relaxationē ab illo iuramēto coram iudice ecclesiastico, hoc tamen debet intelligi ante commissum & incursum periurium.

34 Emphyteuticæ rei alienatione facta sub conditione, si dominus consenserit deficiente conditione non potest impetrari d. consensus domini ab emptore in præiudicium hæredis.

35 In dubio, opinio vltima videtur approbata.

36 Extensio fit etiam in pœnalibus ex identitate rationis expressæ.

37 Emphyteuta cadens in commissum non cadit à iure luendi quādo præcessit cōtractus principalis emptionis & venditionis inter eosdem cum pacto de luendo rē in eodē instrumento, vel separatim in alio posito.

38 Pactum appositum in contractu feudi vel emphyteusis, nempe, quòd possit alienari libere, valet, & est seruandus tenor inuestituræ secundum cōem: nos cōtra.

39 Pactum contra substantiam contractus non valet, & reijcitur tale pactum.

40 Verba contractus debent in dubio intelligi secundum naturam feudalem, & sic emphyteusis, vt minus lædant quàm fieri potuerit.

41 Plerumque doctores nostri nō perscrutantur rationes, & imitantur aues, quæ quando vna volat aliæ omnes sequuntur.

42 Communis opinio non attenditur quando alia opinio contra communē est fundata melioribus rationibus.

43 Communis opinio non est sequenda quando est notorie falsa, vel rationabiliter conuincitur, secundum quod iudex acutissimi ingenij æstimabit.

44 Contractus qualis sit, inspicitur natura & non verba.

45 Verba hæc, como la susodicha, vel, como dicho es, sunt relatiua præcedentium cū omnibus suis qualitatibus.

CONSILIVM DVODECIMVM.



IN causa præsenti tria præcipuè sunt videnda. Primò, an valuerit pactum appositū in emphyteusi perpetua, quod ipsa nullo modo possit alienari in ecclesiam sub pœna caducitatis in commissum. Secundò,

cundò, posito quòd valeat, an postquã res ceciderit in commissum, quia contravenntum fuerit d. pacto, emphyteuta, vel eius hæres possit vti alia clausula ipsius emphyteusis, qua emphyteutis datur facultas redimendi domum emphyteuticam? quæ est huiusmodi. *Otrosi, con cōdicion, que dando nos otro tanto censo en vna casa desta ciudad, o en renta de yerua segura, seamos obligados a lo tomar, e se queden las dichas casas libres sin censo ni tributo alguno.*

Tertiò, posito quòd postquam res eeciderit in commissum, non possit vti hac clausula, restat videndum an prædict. emphyteusis sit soluta, & ab ea videatur recessum, eò quod post dict. clausulã sit appposita alia sequens huiusmodi? *E para que las podades vender, dar, donar, trocar, e cambiar, e enagenar, e fazer de ellas como de cosa vuestra propria, &c.* Quibus verbis videtur concessa facultas alienandi prædict. rem in quoscunque tanquam rem propriam, etiam sine consensu domini, & sic quòd nõ ceciderit in commissum propter alienationem factam in ecclesiam.

Decisio primi Articuli.

Quo ad primum punctum, omissis disputationibus superfluis, atque generalitatibus vul-
1 garibus, veritas est, quod † res emphyteutica priuati non pôt alienari in ecclesiã contra voluntatẽ dñi directi dñij, stante pacto in id conuento, sicut in præsenti scriptura adest. Imo absque eo in ecclesiã est prohibita de iure alienatio rei emphyteuticę: quod si fuerit facta, res incidit in cõmissum. Ita tenet glo. in c. potuit, verb. prohibentur, de locat. & ibi Abb. nu. 10. & cæteri doct. vbi concluditur, quòd licèt auferatur res ab ecclesia, hoc casu est soluenda ecclesiæ æstimatio ipsius rei ab emphyteuta, vel ipsius hæredibus. Ex quo cessat allegatio partis aduersæ dicentis non valuisse prædict. pactum, quia est in præiudicium ecclesiæ. Nam si soluenda est ecclesiæ æstimatio nullum præiudiciũ patitur ob id, quod res ceciderit in commissum: maximè quia dominus potuit tempore traditionis rei propriæ in emphyteusim apponere quæcunq; pacta, grauamina, & conditiones, præcipuè hanc, quæ à iure inest, iuxta regulam vulgarem tex. in l. in traditionibus, cum similibus, ff. de pact. eandem quoque sententiam tenuit Speculator in tit. de locat. §. nunc aliqua, vers. 96. & sequent. vbi assignat rationem, quia alias efficeretur conditio domini deterior, si emphyteusis priuati posset in ecclesiã transire multis ex causis. Primò, quia non esset spes, quod res posset redire ad dominum per mortem eum ecclesia nõ moriatur. cap. gratiosę. de rescript. in 6. cum alias, defuncto emphyteuta sine hærede reuerteretur emphyteusis ad dominum. Item ecclesia non potest iura sua sic de facili alienare, sient priuatus: quia requiritur, quod adsit causa, & quod interueniant solennitates, &c. Et ideò non sic faciliter dominus reciperet laudemiũ sicut quando emphyteusis trãsfertur in priuatũ, nec res de facili incideret in commissum. Vnde quòd emphyteusis priuati non possit transire in ecclesiam non est culpa ecclesiæ, nec ordinatur in ipsius præiudicium, sed ne deterior efficiatur conditio domini, præcipue propter mutationem fori, quod est satis considerabile iuxta ea, quæ habentur in c. s. de alien. iud. mutand. caus. fact. Hæc, omnia refert, & probat Ias. alios plures doct. allegãs in l. fi. n. 90. & sequen. C. de iure emphyt. & dicit probari supra dictam conclusionem in l. 1. s. & 3. dicti tituli, quatenus ibi dicitur, quod omnia pacta apposita in contractu emphyteusis seruentur. Et vltra Ias. idem in proposito tenet & sequitur Alex. consil. 9. nu. 5. lib. 3. fol. 19. idem Alex. consi. 76. num. 5. lib. 7. fol. 191. vbi Modern. Parisiens. in addit. litera A. refert, se dixisse in consuetud. Parisiens. §. 41. nu. 57. Et est approbata hodie in nostro regno hæc opinio per l. fin. tit. 8. parte. 5. cuius verba sunt hæc. *Mas a otras personas, de que no se pudiesse auer tien lige ramente el censo, no la pueda vender, ni empennar, assi como a orden, o a otro ome mas poderoso que el: que estonce no valdria, e perderia porende el*
2 *derecho que auia en ella*. Facit † etiam l. 68. Tauri, quæ hodie est l. 1. tit. 15. libro 5. nouæ Recopilat. reg. vbi dicitur, *Si alguno posiere sobre su heredad algun censo con cōdicion, que si no pagare a ciertos plazos, que caya la heredad en commisso, que se guarde el contracto, y se juzgue por el, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad.* Ex quib. omnibus remanet, quòd tam de iure communi, & regio, quam pacto contrahentium res emphyteutica priuati non potest alienari in ecclesiam contra voluntatem domini directi: & si alienetur res incidit in commissum, & domino applicatur. Et licet l. illa Tauri hoc videatur extendere ad constituentes census redimibiles annuos super suis fundis ad hoc, scilicet, vt si non soluerint pensionem intra certum tempus res incidat in commissum, Praxis tamen & forensis vsus apud suprema regis tribunalia eam legem contra ctus, & si omnino expressa sit, tantum admittit, & probat, vbi census perpetuus constituitur absque redimendi pacto, & res, super qua constitutus est, ipsius erat, qui pensionem annuam sibi soluendã fore cauerit. Alioqui benigno quodã iure nunquã obtineret is, qui rem iure, & rõne cõmissi reddi sibi postulat, vt testatur D. Couat. lib. 3. varia. resol. c. 7. nu. 1. col. 3. & Ioann. Orosc. in l. iuris gentium, §. quinimo, num. 49. ff. de pact. dicens, quòd ita admittit vtriusque auditorij benigna interpretatio: & Olanus in sua concord. iuris, litera A. nu. 97. Et licèt ipse Couar. dicat hoc solum praxim, & vsum forensem admittere vbi census perpetuus constituitur absque redimendi pacto, & res, super qua constitutus est, ipsius erat qui pensionem annuam sibi soluendam fore cauerit, idem tamen est & procedit dict. l. Regia in censu emphyteutico, de quo loquimur, & si perpetuus nõ sit, sed redimibilis: vt eadem ratione bene concludit, & probat Ludou. Mexia in l. Regia. Tolet. de los terminos, in 2. fundamento, 2. partis, nu. 36. ad finẽ, & Olanus vbi supra, n. 104.

Cum igitur in præsenti casu hoc pactum sit ex-

pressum in tantum, quòd si secus fiat, asseritur in scriptura, quòd alienatio & instrumentum ipsius sint nullius valoris, & momenti, & emphyteutæ cadant ab illis domibus in commissum, & amittant & perdant eas; dictæ domus absque vllo dubiò ceciderunt in commissum, & amissæ fuerunt ab ipsis emphyteutis; quia fuit facta alienatio in ecclesiam, & sic domino directo sunt acquisitæ, & in eum reuersæ tanquam emphyteusi finita & resoluta: ex quibus principalis intentio domini agentis fundata est, quandoquidem possessio dict. domus tradita fuit ecclesiæ, & sic capellaniæ ipsiusque capellano patronoque eius nomine, vt cõstat ex instrumento alienationis, traditione possessionis, & acceptationis in iudicio producto.

3 Quia † ad hoc, vt res emphyteutica per alienationem indebitam cadat in commissum requiritur traditio ipsius. Hæc est communis opinio, vt bene probans, & plures allegans concludit Antonius Gom. in l. 45. Tauri, num. 94. vbi num. 95. agit an sufficiat ficta traditio: testatur communiorem plures referens Tiraquell. de vtroque retract. tit. 1. glossa 2. num. 4. & sequent. & Ias. in l. filiusfam. §. diui, in 2. lect. num 53. & 54. ff. de legat. primo, sequitur Matth. de Afflict. decis. 97. & Petrus Dueñas loquens in feudo, regula 40. limitatione tertia. Nec hoc ius commissi acquisitum potest auferri domino per oblationem fideiussorum a reo factam pro securitate census, quandoquidem nec hoc expressum de iure reperitur, nec pro hoc satisficeret domini præiudicio, quod ei fieret ex alienatione. Vnde maximè sua interest habere dict. domum ratione commissi, preter quam quòd plus valet quam census emphyteuticus, qui antea præstabatur.

4 Et quod † hoc plurimum interfit domino, vt propter caducitatẽ sibi ius quæratur absque eo quòd aliud interesse eueniat, tenet Ias. in dicta l. fina. numero 136. C. de iure emphyt.

Nec supradictis omnibus in hoc 1. articulo obstat, quod nullus text. inueniatur expressus, qui declaret ecclesiam esse personam prohibitam ad hoc, vt in eam non possit fieri alienatio rei emphyteuticę, & si fiat cadat in cõmissum, prout dicebat Ant. de Butr. in d. cap. potuit. Quia respondẽ satis esse, quòd sit expressum, ne fiat d. alienatio in personas prohibitas, vt in dict. l. fi. C. de iure emphyt. & in d. cap. potuit, de locat. Quia hoc est in fauorem dominorum directi dominij; vt constat ex dictis iuribus: vnde ecclesia censetur prohibita ad hoc, eò quod si in eam fiat alienatio efficitur deterior conditio domini, prout supra diximus & considerauimus: quare glossa & alij interpretes iuris canonici & ciuilis (vt supra vidimus) hoc expressè determinant in ecclesia.

5 Et licet † sit authoritas doctorum, ac proinde probabilis, & non necessaria iuxta tradita per gl. doct. in l. 1. C. de legib. tamen quando opinio doctorum est communis, præcipuè bene fundata, nõ est recedendum ab ea in iudicando, & consulendo, iuxta text. in l. 1. ibi, & sane crebrior apud veteres opinio est, ff. de offi. quæst. tradit bene Aufles in c. 1. prætor in glossa fiel, num. 15. fol. 18. & Bernard. Diaz de Lugo in regul. 106. & latissimè Ioannes Oroſc. in d. l. 1. num. 4. & sequen. ff. de offic. quæst. vbi ponit regulam, cum fallent. latius & melius Silu. nupt. lib. 5. per totum, vol. 6. fol. 61. & sequen. Sed in proposito, sup. dict. opinio potest appellari communis, quia habet authoritatem gl. pro se, & aliorum plurium Doctorum, imò omnium de hoc agentium: igitur ea sequenda est necessario.

6 Præcipuè, quia † quando dictum glossæ sequitur aliquis doctor, censet *ur* communis illa opinio secundum Iacob. Butr. & eum referentem Thom. Ferra. cautela 17. num. 2. Prætere a licet deficeret tex. iuris canonici, qui hoc decideret expressè, adest tamen l. Regia partitæ supra allegata, quæ hoc determinat: igitur per eam est iudicandum etiam in foro ecclesiastico, iuxta text. & quæ ibi notantur in cap. 1. de oper. nou. nunc.

7 Præcipuè, quia † deficiente iure canonico ad ius Regium est recurrendum etiam in foro ecclesiastico, vt tradit Bernardus Diaz de Lug. in practica crimin. cap. 60. & Didacus Perez in 2. quæst. proœmiali ad Regias ordinationes, per totam.

8 Non † obstat, & secundò quòd alienatio in proposito fuit nulla, & quòd quãdo alienatio est nulla alienans non incidit in commissum, vel penam iuxta doctrinam Bart. in l. seruo legato, §. 1. ff. de lega. 1. num. 1. & sequuntur alij secundum Ias. ibi num. 6. Addit. Matth. de Afflict. decis. Neap. 97. Greg. Lopez in d. l. fina. tit. 8. partit. 5. in glo. Venda, columna 2. Quia doctrina illa Bart. & sequacium procedit, & loquitur quando alienatio est nulla alio respectu, quam eo, ob quem cadit res in commissum. Hic verò si alienatio fieret in personam nõ prohibitam domino requisito valeret: sed quia fuit facta in ecclesiam, in quam tam de iure, quam pacto contrahentiũ est prohibita alienatio, & alienans cadit in commissum, ob hoc ipsum a re emphyteutica alienatio non valuit, & adimitur res, vt in instrumento emphyteusis, & in d. l. Regia continetur.

Tertiò, non obstat, quòd obijcitur a parte aduersa dicente; quòd dato, quòd hæc domus cecidisset in commissum ob prædict. alienationem in ecclesiam factam, non cecidit tota domus, sed dimidia ipsius, quia a principio fuit data duobus Isabellę & Didaco eius filio, qui Didacus fuit, qui alienauit in ecclesiam, & pro ipsius tantum parte potuit cadere domus in commissum; Isabella verò prædict. non alienauit: imò decessit multis annis antea, & transmisit eam ad suos hæredes, qui sunt pars aduersa, eiusque frater idemque patronus d. capellaniæ.

9 Quia † respondeo, quòd ex tenore inuestituræ, qui est attendendus, vt in c. 1. §. fi. de duobus frat. à capita. inuestit. in vsibus feud. * late Beccius consi. 88. num. 15. lib. 1. constat, vt siue ambo emphyteutę, siue vnus eorum alienauerit in ecclesiam, cadit tota domus in commissum, vt in illis verbis,

Otro

Otro si condicion, que vos ni alguno de vos ni vuestros herederos, y succeßores por ninguna via de enagenacion no podays, ni puedan vender las dichas casas ni parte dellas a yglesia,&c. iuncto versiculo fin. eiusdē clausulæ, ibi, *So pena que la venta y enagenacion que de otra manera se hiziere y la escritura que sobre ello se otorgare sea en si ninguna e de ningun valor y effecto, e toda via ayays decaydo e decayays de las dichas casas in commissum, y por in commissum las ayays perdido y perdays como dicho es.* At quòd pacta apposita in ipsa emphyteusi debeant omnino seruari ad vnguem nemini dubium est, vt supra probaui.

10 Item hoc ius † commissi est indiuiduum. Quòd probatur, quia licet vnus hæredum soluat canonem, alter verò cesset, propter cessationem illius cadit tota res in commissum iuxta glo. in l. communi diuidundo. septimam in ordine, verbo confundetur, ibi, Sed pœnam nullus eorum euitat, ff. commun. diuidun. quam sequitur Ias. alios allegans in dicta l. secunda, quæst. 17. numero 58. & sequentibus, C. de iure emphyt. vbi num. 60. testatur communem; sequitur etiam Angelus & Ias. in l. si seruus, §. si plurium, num. 7. ff. si quis caut. & est communiter approbata glossa illa secūdum Matth. de Afflict. decis. Neapol. 153. num. 4. Maximè in nostro casu in quo hæredes dict. Isabellæ, scilicet, pars aduersa, eiusque frater patronus dictæ capellaniæ, vt ipsi fatentur consenserunt dict. alienationi, & acceptauerunt eam, & apprehenderunt possessionem dict. domus nomine ecclesię, dictæque capellaniæ scientes esse rem emphyteuticam, vt constat ex instrumento dict. alienationis, acceptionis & apprehensionis possessionis, vbi fit mentio huius census emphyteusis. Et cum hoc scirent, scire etiam debebant ius præcipiens, quòd ecclesia est de personis prohibitis, in quas non potest fieri alienatio rei emphyteusis, licet ignorarent pactum: quia paria sunt scire, vel scire debere, vt in l. quod te mihi, ff. si certum petat. & homines tenentur scire leges & iura, l. constitutiones, C. de iur. & fact. ignorā. l. 14. tit. 1. par. 1. l. 31. titul. 14. par. 5. Itaque tota domus cecidit in commissum.

11 Alia præterea † ratione cecidit domus prædict. in commissum vltra alienationem factam in ecclesiam, quia deteriorata est notabiliter, ita, vt du centis ducatis sit opus pro ipsius refectione, vt probatum est in processu. Nam de iure sicut emphyteuta ecclesiæ propter deteriorationem rei emphyteuticæ potest expelli ab illa re, vt in auth. qui rem, C. de sacrosanct. eccles. ita etiam emphyteuta priuati. Hæc est communis opinio secundum Ias. ibi numero 6. sequitur Decius ibi nu. 5. & Iasonem referens testatur communem Io. Baptista Toletanus in suo ærario commun. opin. litera E, vers. 102. Nam in præsenti casu concurrūt tria requisita, quæ in d. authen. cumulant Bal. Ful gos. & Ias. Primò, quòd deterioratio sit in notabili quantitate habito respectu ad ipsum fundum. Secundò, quòd deterioratio sit circa ipsam rem. Tertiò, quòd deterioratio sit dolo, vel saltem culpa leui emphyteutæ: nam hæc omnia apertè patēt & concurrunt in nostro casu. Nec obstat, quòd in contractu emphyteutico fuit apposita conditio, vt emphyteuta suis sumptibus reficeret, vel dominus sumptibus emphyteutæ, vt census seeutus sit.

12 Et sic † per prouisionem hominis videtur concessum à prouisione legis iuxta text. in l. fin. C. de pact. conuent. Quia respondeo, quòd regula d. l. fin. procedit in priuilegijs, quæ facilius, quam ius commune, tolluntur, secus verò in ipso iure communi, ne aliàs quòd in fauorem alicuius conceditur in eius odium retorqueatur. ita glossa in l. 2. C. de iur. emphyt. verb. repellere, ad medium. ibi, & d. l. fi. quam plures referens sequitur Ias. ibi nu. 143. dicit communem Socin. in l. si filius, qui patri, num. 20. ff. de vulgar. & pupill. sequitur Bald. ponderans text. ibi in l. si pupilli, §. item si procuratori, ff. de negot. gest. Alex. consi. 118. nume. 25. lib. 5. Sed quòd propter deteriorationem emphyteuta expellatur, competit iure communi, vt in d. auth. qui rem: igitur, &c.

Et pro hoc est text. expressus in d. authent. qui rem, iuncta communi opinione supradicta, quæ habet, vt idem sit in emphyteuta priuati: & probatur in d. auth. qui rem, quòd præter expulsionē hoc casu debet soluere emphyteuta pensionē præteriti temporis, & resarcire id, in quo rem læsit. Ex quo non solum pars aduersa condemnāda est, vt restituat dictam domum actori & in amissione ipsius, sed in pecunijs necessarijs ad reædificationem ipsius per d. Authen. qui rem, qui est text. expressus ad hoc.

Decisio secundi Articuli.

Circa secundum Articulum, an emphyteuta, vel eius hæres, postquam res ceciderit in cōmissum, possit redimere d. rem virtute d. clausulę, & pacti in instrumento emphyteusis appositi, videtur primò dicendum, quòd possit: quia omnis

13 † conuentio, & ius implendi conditionem etiam potestatiuam transit ad hæredem, licet de eo non fiat mentio, vt in l. veteris, C. de contrahen. stipulat. & in l. si pactum, ff. de probat. tradit late Tiraquel. de vtroque retract. tit. de retract. conuent. §. 1. glo. 6. num. 1. fol. mihi 289. vbi se alibi latius dixisse affirmat.

14 Secundò † facit: quia pactum de retrouendendo ex parte primi venditoris transit ad hæredes etiam si hoc in pacto non fuerit expressum: poterit igitur hæres primi venditoris vti hoc pacto. Ita tenet gloss. in l. 2. verbo, siue hæredes, C. de pactis inter empt. & vendit. quam ibi sequuntur doctor. & plures relati per Tiraq. vbi sup. & hæc est communis opinio secundum Couarru. in pract. quæst. cap. 39. num. 2. versic. 4. aduersus communem, & Gregor. Lop. in l. 42. tit. 5. part. 5. in glos. herederos, & Ant. Gom. tit. de qualit. contract. tit. 36. col. 3. illius num.

15 Tertiò † facit, quia ius excipiendi competens venditori competit etiam, & trãsit in singularem successorem, & sic in emptorem, vt tradit Tiraq. in d. tractatu de vtroque retractu, tit. 1. §. 1. glo. 9. numero 118. fol. 49. ad fi. & 50. in princip. Ergo ita, & eodem modo in proposito videtur dicendum, vt ius hoc redimendum emphyteut. transeat ad eius hæredem vniuersalem, vel particularem, etiam si de ipso mentio facta non fuerit, per supradicta.

16 Quartò, † pro hac opinione videtur doctrina Bart. in terminis, in l. commissa, num. 3. ff. de publ. & vectigalib. vbi ex glo. ibi incip. pone casum, affirmat, quòd ius redimendi rem, quæ incidit in cõmissum transit ad hæredem. Quam doctrinam sequitur simpliciter Paulus de Castro consi. 249. incip. statutum Paduæ, num. 2. volum. 2. & in terminis quòd licet res incidat in commissum possit vti pacto de retrouendendo tenet non tamen id probans D. Albornoz lib. 3. del arte de conttatos, tit. 2. fol. 112. col. 1.

17 Sed his † omnibus non obstantibus contraria sententia est verissima, & tenenda: imò quòd neq; hæres emphyteutæ, neque ipse emphyteuta, si viueret posset redimere d. rem virtute d. clausulæ, & pacti, postquam res ipsa incidit in commissum, sed domino directo debeat applicari, & adiudicari sequentibus fundamentis.

18 Primo † quia ius redimendi siue luendi rẽ concessum vni, non transit ad hæredem ipsius, cuius in concessione non fuit facta mentio: præcipuè quando hæc concessio non competit iure proprio, sed alterius. Ita tradit Celsus Hug. cons. 61. nu. 5. vbi hoc probat: quia ea, quæ sunt facti, sicut id facultas, non transeunt ad hæredem, vt in l. cum quis. & ibi Bart. & Alex. ff. de verb. oblig. & in l. si quisquis arbitratu, ff. eod. & in l. fin. & ibi Cyn. & Bald. C. de contrahen. empt. Sed in præsenti casu hoc ius redimendi, & luendi rem emphyteuticam tantum fuit concessum emphyteutis, non verò ipsorum hæredibus, vt patet ex supradict. clausula; igitur ad eos non transit. Præcipuè cum hæc concessio non competeret emphyteutæ iure proprio; quia ipse non poterat eo vti, nisi sibi a venditore (hoc est) a domino directi dominij concederetur, vt notum est: & sic competit hoc ius emphyteutæ iure alterius (hoc est) iure domini: igitur non transit ad hæredes d. emphyteutæ per supradicta. Nec obstat quòd in alijs clausulis dicti instrumenti fiat mentio hæredum emphyteutæ. Quia respondeo hoc magis obstare parti aduersæ, & adiuuare intentionem agentis: quandoquidem ex eo magis visum fuit dominos vti iure communi, scilicet, vt ad hæredes emphyteutæ hoc ius non transiret.

19 Secundò † & principaliter, pro hac parte facit. quia dato, sed non concesso, quòd hoc ius redimendi in proposito transiset ad hæredem dictæ emphyteutæ adhuc non posset pars aduersa illo vti hoc casu, nec redimere dictam domum etiam si offerret & daret eundem censum alibi, postquã res incidit in commissum. Quia etiam si emphyteuta principalis viueret, hoc facere non posset: ergo nec eius hęres id poterit: quia non debet nec potest hæres esse melioris conditionis, quam defunctus, vt bene probat idem Tiraq. vbi supra tit. 1. §. 1. glo. 9. num. 48. & sequen. fol. 39 ad fin. Et quòd emphyteuta si viueret hoc non posset postquam res cecidit in commissum probatur sequentibus fundamentis. Primò per text. in l. commissa, ff. de public & vectig. Vbi inquit text. Nam quod commissum est desinit eius esse, qui crimen contraxit, dominiumq; rei, vectigali acquirit. Ea propterea commissi persecutio sicut aduersus quemlibet possessorem, sic & aduersus hæredem competit. Ecce igitur text. vbi probatur, ꝙ res quæ incidit in commissum statim desinit eius esse, qui crimen contraxit, & dominium rei acquiritur vectigali. Igitur ita, & eodem modo dicendum est in proposito, quod cũ domus emphyteutica supradicta alienata, & tradita fuerit ecclesiæ, ceciderit res in commissum propter contrauentionem emphyteutæ, & statim desinit esse emphyteusis illius, quia cõmisit contra conuentionem, & alienauit contra ius in ecclesiam, dominiumque vtile d. domus ac-
20 quisitum fuit domino directo; Maximè, quod † sequuta declaratione ipsius volentis accipere rem per in commissum non habet locum moræ purgatio: nam statim sequuta declaratione domini facit l. executionem, vt in dict. l. 2. C. de iure emphy. secundum Ias. ibi quæst. 29. & eundem in l. si insulam, num. 16. ff. de verb. oblig. Et hanc cautelam expresse ad illum text. ponit Cępola caut. 135. incip. Tu scis & Roman. cons. 103. Alex. consi. 106. colum. 4. vol. 4. & Catellian. Cotta, in memor. iur. verb. emphyteuta non soluendo. Abb. cons. 67. secunda par. Decius cons. 146. idem in authent. qui rem, num. 6. C. de sacrosan. eccles. Matth. de Affli. decis. Neap. 174. per totam.

Cũ igitur actor in præsenti causa declarauerit in iudicio in libello conuentionis intentionem suam, quòd volebat accipere d. domum per in cõmissum ratione dictæ alienationis in ecclesiam factæ, & tunc temporis nec anteà pars aduersa vsa fuerit iure redimendi, sed post aliquot dies verbo tenus obtulerit eundem censum alibi, consequens
21 est, vt nullo mõ hoc sibi prosit. Nec obst. † allegatio partis aduersæ dicentis, quòd intra decem dies post moram commissam potest ipsam purgare iuxt. l. regiam 28. tit. 8. part. 5. & quòd obtulit d. censum alibi intra decem dies d. alienationis. Nã respon. quòd d. l. regia non corrigit ius commune in hoc, nec loquitur quando dominus fecit dictã declarationem: sed tãtum assignat terminum decem dierum ad purgandam morã hoc casu, quod tempus de iure communi erat arbitrariũ iuxta tradita per doct. in l. 2. C. de iure emphyte. & in cap. potuit de locat. ibi, celeri satisfactione, & ibi glos. & doct. Vnde prædict. l. regia debet intelligi secundum ius commune, scilicet, non sequuta declaratione domini: quia si dominus declarasset ante purgationem moræ, statim cum ipsa declaratione

domini

domini eſt facta exequutio ipſo iure à lege & non habet locum purgatio moræ, vt ſupradictum eſt. Et ita de iure videtur tenendum iuxta ſupradicta, quamuis Gregor. Lopez. in d. l. 28. in glo. diez dias, aliud exiſtimet, & addit tamen Alex. & alios tenere contra ſuam opinionem.

Præmaximè, quia * & ſi opinio. Greg. Lop. contraria vera ſit, vt probauimus infra conſ. 43. nu. 7. ad huc tamen, nobis in propoſito non obeſt quoniam * illa l. Regia tantum loquitur, quando res emphyteutica incidit in commiſſum propter non ſolutum Canonem intra tempus à iure præfixum, & ſic propter omiſſionem: nos verò agimus quando res incidit in commiſſum propter alienationẽ factam in eccleſiam, quæ eſt prohibita tam à iure
22 quam ab homine, & ſic propter † commiſſum in faciendo, quod eſt grauius delictum argumento gloſ. in l. ſi mora, verb. ne facto, ff. ſolu. mat. & ibi Iaſ. num. 23. & ſequent. quod & tenent aliæ gl. & plures doct. relati per D. Anton. de Padilla (ubi dicit communem) in l. tranſigere, nu. 107. C. de trãſact. Et opinionem illarum gloſſarum dicit communiter approbatam Greg. Lopez in l. 10. gl. fin. in fi. tit. 15. partita 7. Et in terminis noſtris, quòd ſit grauius delictum, quod committitur in faciendo alienando emphyteuſim, irrequiſito domino, quàm committitur in omittendo, hoc eſt non ſoluendo Canonem, probat Iaſ. in d. l. 2. num. 14. & 15. Vbi à nu. 12. cum ſequent. concludit cum pluribus doctoribus, quos allegat, non requiri hoc
23 caſu † ſententiam iudicis ad hoc, vt res incidat in commiſſum, ſed ſufficere declarationem domini: quam opinionem teſtatur communẽ & ab ea non eſſe recedendum in practica Iulius Clarus, lib. 4. ſentent. recept. §. Emphyteuſis, q. 9. Et quòd d. l. regia loquitur tantum quando res cecidit in commiſſum propter non ſolutum Canonem, prout conſtat ex ipſa, & non habeat locum eius diſpoſitio purgationis moræ infra decem dies, quando res emphyteuta alienata fuit in eccleſiam contra prohibitionem iuris & pactum contrahentium, probatur: quia lex ſtatim ſequens quæ eſt l. 29. & loquitur in noſtro caſu, non concedit moræ purgationem.

Præterea aduerto, quòd in propoſito non eſt cur tractemus de moræ purgatione, quandoquidẽ hic cecidit res in commiſſum propter alienationem ipſius in eccleſiam factam, Et ita non conuenit modo materia purgationis moræ: quia ipſa tunc habet locum quando in eadem ſpecie fuit commiſſa mora, & propter id cecidit res in commiſſum, vt putà propter non ſolutionem penſionis, quia tunc purgatur mora offerendo & ſoluendo penſiones decurſas. Nam purgatio debet eſſe in eodem genere rei, in quo commiſſa fuit mora iuxta tradita per doct. in l. ſi inſulam, ff. de verb. obli. Sed in propoſito domus cecidit in commiſſum propter alienationem ipſius factam in eccleſiam: ergo nullo alio modo, nec genere dici poteſt purgari moram, niſi annullata ſtatim ipſa alienatione & remanẽte domo apud perſonas priuatas, ipſius emphyteutæ nempe hæredes, qui alienauit in eccleſiam. Hoc autem minime factum eſt, nec etiamſi fieret prodeſſet ex ijs, quæ infra dicentur in quarto fundamento: igitur non eſt agendum in præſenti caſu de moræ purgatione: quia non eſt eius materia.

Secundò quod emphyteuta principalis, ſi viueret, hoc caſu nõ poſſet redimere virtute d. pacti & clauſulę probatur: quia d. clauſula debet intelligi ſecundum clauſulas ſtatim ſequentes quibus cauetur, vt ſi fiat alienatio in eccleſiam, res incidat in commiſſum, & amittat eam emphyteuta, hoc eſt, quòd ita demum liceat redimere rem emphyteuticam dando eundem cenſum alibi, ſcilicet, ſi detur antequam res incidat in commiſſum, non verò poſt. Quia ſi aliud intelligeremus, ſequeretur inde correctio clauſulæ ſequentis de incidendo in commiſſum, ſi conditiones infra poſitæ non ſeruentur, & daretur maxima repugnantia inter has clauſulas in eodem inſtrumento: quod minime dicendum eſt, tanquam abſurdum. Imo debet
24 fieri concordia. Et quælibet † clauſula debet intelligi quod procedat in ſuo caſu. Prima de redimendo, re integra, ſcilicet, ante quam res incidat in commiſſum, & cæteræ clauſulæ de commiſſo loquentes quando fuerit contrauentum conditionibus, quibus commiſſum apponitur, vt ſic omnes conuentiones ſeruentur, & euitetur correctio, & repugnantia iuxta tradita per Alexan. conſ. 141. nu. 5. libro 2. & Philip. Decium conſi. 195. nume. 2. & 3. fol. 215. & melius per eundem Alex. conſ. 121. nu. 3. lib. 5. fol. 260. Vbi cum Bar.
25 Cyn. & alijs probat, quòd † quando plures clauſulæ ſunt in vno contractu vel inſtrumento, quæ ad inuicem prima facie videantur repugnare, debet per ſubdiuiſionem, vel diſtinctionem iuuari inſtumentum ne repugnantia reſultet, adde eundem Dec. late in l. pacta nouiſſima, nu. 5. & ibi Alciat.
26 nu. 7. C. de pact. Facit etiam quia † verba debent intelligi ſecundum ſubiectam materiam & naturam contractus, vt in l. ſi vno, ff. locat. & ibi Bart. & Doct. text. etiam in l. damni infecti, in princip. ff. de dam. infect. & in l. ſi ſtipulatus, ff. de vſur. Sed natura & ſubiecta materia huius contractus emphyteuſis eſt, vt ſi alienetur in eccleſiã domus incidat in commiſſum. Ergo d. prior clauſula de redimendo, debet intelligi dummodo res emphyteutica non ceciderit in commiſſum: quia ſi cecidit in commiſſum amittit emphyteuta huiuſmodi rem, & applicatur domino directo, vt in iure, & in d. inſtrumento emphyteuſis deciſum extat. Quod etiã
27 probatur † quia clauſula in fine poſita refert ad omnia præcedentia, vt in l. 1. C. de lib. præt. vel exhæred. l. talis ſcriptura, §. fi. ff. de legat. 1. c. ſecundo requiris, de appellat. per quæ iura hanc doctrinam præter ordinarios tradit Dec. conſ. 11. nu. 13. & conſ. 79. nu. 2. & conſi. 539. nu. 4 & conſ. 673. nu. 2. Rolandus à Valle alios referens conſ. 50. nu. 5. volum. 4.
28 Nec obſtat, quod † clauſula præcedens eſt maioris efficaciæ ad declarationẽ ſequentium quàm

econuerso iuxta gl.1.in l.quisquis:& ibi Bart.ff.de legat.3. tradit Ias. in l. pacta nouissima, nume.4. & ibi Andr. Alciat. nu.12. C.de pact. tradit Tiraquel. de vtroque retract.tit.1.§.1.gl.14.nu.25.& 26. fol.98. quia cum hæc sit clausula correctiua, vt supra probatum est, nō debet intelligi repetita, vt tradit Alex.cons.42.nu.1.li.3.fol.36. Probatur
29 † etiam præterea, quia illa clausula, qua conceditur facultas redimendi debet intelligi rebus sic stantibus, & in eodem statu permanentibus (hoc est) quamdiu durauerit emphyteusis, & resoluta non fuerit propter alienationem ipsius in ecclesiam. Quia tunc cadit in commissum:& sic res iam non stat nec permanet in eodem statu, quo erat antequam cecidisset in commissum, argumento text in l.quæro,§.inter locatorem, ff.locat. & conduct. Vbi promissio de non expellendo conductorem intra tempora locationis, intelligitur si conductor soluerit,& sic rebus sic stātibus Quia si cōductor non soluat per biennium, licitum est locatori eum expellere sine metu pœnæ adiectæ promissioni. Idem probat etiam l.6. titu.8. partita.5. Quòd quidem generale est per illum text. & alia iura, vt in contractibus etiam iuratis, & in alijs dispositionibus intelligatur semper clausula, rebus sic stantibus, & in eodem statu permanentibus, vt latissimè plura cumulans (vt alios omittam) tradit Tiraq. in l. si vnquam in præfatione, num.166. & sequentibus, C.de reuocand.donat. Quæ consideratio si in alijs casibus, & dispositionibus locum habet, maxime in hoc nostro conuenit, vt probatur ex verbis dict. clausulæ ad finem ibi. *Que en tal caso seamos obligados a lo tomar, e se queden las dichas casas libres sin censo ni tributo alguno.* Nam ecce, vbi apertissimè demonstratur loqui, & procedere hāc clausulam quoties durauerit dict. emphyteusis, & sic domus fuerit ipsius emphyteusis obligatione affecta: non verò quando fuerit resoluta, & sic quando ceciderit in commissum, Quia tunc iam non durat emphyteusis, nec domus est amplius tributaria: quia reuertitur ad dominum directum, penes quem res non potest esse emphyteutica: quia alias daretur actio & passio in eodem subiecto. Igitur manifestissimè conuincitur hoc ex d. clausulam debere tantum intelligi durante emphyteusi, non vero, ea finita, ex verbis eiusdem instrumenti, quamuis cæteræ iuris rationes minimè extarent.

Tertiò & principaliter, quòd etiam si emphyteuta principalis viueret, non posset hoc casu postquam res incidit in cōmissum vti facto suo, supra dict. facultate, probatur: Quia aliàs esset in sua manu & facultate illudere & contrauenire impunè omnibus conuentionibus & conditionibus d. contractus, si postquam incidisset in commissum posset redimere d.rem: sicque contractus & conuentiones pattium, quæ sunt leges vel pro legibus saltem habentur, magis verbis quam rebus imponeretur contra regulam tex. in l.2.C. communia de legat.& sic tota machina huius contractus emphyteusis esset illusoria, quod non est præsumendum nec vllo modo dicendum, tanquam contrarium menti contrahentium.

30 Quartò, hæc eadem opinio probatur: quia † emphyteuta non potest redimere rem emphyteuticam venditam sine consensu domini in præiudicium prælationis, vel commissi domino acquisiti. Hæc est communis opinio secundum Ripam in l. cum bona, no.20.ff. de priuileg.cred. tenet idem in l. si insulam, nu.85.ff.de verb.oblig. Cagnol.in rep.l.2.nu 72.& 112. C.de pact. int. empt. & vendit.& tradit bene Tiraq.de vtroque retract. tit. de retract.conuen.§.1.gl.7.nu.19.fol.296. & iterum eodem tit.§.3.gl.vnic.nu.21.fol.313.vbi hoc limitatur preterquā si redimat ex pacto de retrouendēdo apposito in ipso instrumento. Ergo ita in proposito dicēdum est, quod emphyteuta prædictus, nec ipsius heredes, possint redimere prędict.domū iam alienatam in ecclesiam, in præiudicium iuris commissi domino quęsiti, cum in ipsa alienatione facta in ecclesiam non fuerit appositum pactum de retrouendendo. Nec obstat, quòd in instrumento emphyteusis sit apposita d.clausula, quia ea intelligitur rebus sic stantibus (hoc est) durante ipsa emphyteusi & non postea, vt supra probatum est.

31 Et eandem opinionem in vasallo, quod † post alienationem fundi, & ipsius traditionem, recuperando id non euitet pœnam, vt in cap.1.quid iuris sit si vasallus post alienationem factam recup in vsib.feud. tradit alios allegans Petrus Dueñas in d.reg.40.limitatione 13.

Quintò, pro hac opinione facit quod tradit Ioann.de Prato singulariter in l. hæc conditio, §.
32 si sic, ff.de cond & dem. Vbi tenet, quod † clausula iure dominij, in reseruatione feudi, vel emphyteusis operatur: quod si antea feudatarius, vel emphyteuta ceciderit à iure suo ob aliquam causam non prosit sibi noua reformatio: quem refert & sequitur Rolandus à Valle. consi.88.nu.31,lib.1. Ergo ità in proposito dicendum est, quòd prædict. clausula qua datur facultas emphyteutæ liberandi d. rem, intelligatur, si antequam dirimat nō ceciderit in commissum: quia tunc non prodest sibi d. reformatio (hoc est) facultas redimendi, quia debet intelligi, saluo iure domini.

33 Sexto † pro hac parte adduco communem opinionem quam plures allegans tradit Felin.in cap. s.nu.28.de iureiur. Quę habet, quòd licèt debitor, qui iurauit soluere vsuras creditori ad certum terminum, possit petere absolutionem ab illo iuramento coram iudice ecclesiastico, & compellere creditorem, vt illud relaxet, vt in dict.cap.1.& cap.debitores, eodem tit.hoc tamen debet intelligi ante commissum & incursum periurium, & sic antequam labatur dictus terminus, secus tamen lapso d. termino & sic incursa iam pœna periurij propter non solutionem factam in termino. Quia tunc non potest petere absolutionem à iuramento lapso d.termino & commisso periurio: sed tenetur omnino obligationem adimplere. Quod etiā sentit Matth. de Afflict. decis. Neap.31. Ergo ità in proposito dicendum est, quòd pactum luendi

supra-

supradictum habeat tantum locum ante pœnam cõmissi incursam, & sic durante emphyteusi, non vero postea.

34 Septimò, † faciunt nouissimè tradita per Rolã. à Valle, consil. 63. num. 50. & sequent. vol. 5. Vbi plures allegans tenet quòd venditione rei emphyteuticæ ecclesiæ facta sub conditione si dominus consenserit defecta conditione, quia non fuit impetratus consensus tempore debito, mortuo alienante non potest impetrari consensus domini ab emptore in præiudicium hæredis, quia iam contractus fuit & erat nullus, & res non erat integra.

Et sicut hæc opinio iuris rationibus & fundamentis est fulcita, ita auctoritate doctorum non caret, quia eam expresse in terminis tenet Bartolus, Cæpo. in tract. de simulat. cont. in 2. præsumptione ad fin. dicens. Item amitteret etiam illud ius redimendi quando esset concessum, & appositum in instrumento locationis libellariæ: quia tunc censetur esse ius emphyteuticum, seu pars iuris emphyteutici, vt in l. si sterilis, §. si tibi, ff. de action. empt. & in l. qui fundum vendidit, & in l. fundi partem, ff. de contrah. empt. Vnde cum libellarius non soluens canonem tempore debito, vel alienãs irrequisito domino cadere debet à iure suo emphyteutico, vt in l. 2. & fi. in fi. C. de iur. emph. caderet etiam ab isto iure redimendi, quod est pars iuris emphyteutici, vt dixi. Hactenus Cæpola. Vbi adiũgit aliam rationem supradictis pro hac opinione, sed præcedentes multum iuuant hanc partem. Sub dit statim Cæpola, ibi. Secus si ipsum ius redimendi esset concessum, & ascriptum in ipso instrumento venditionis separato ipso ab instrumento locationis libellariæ, vel post instrumentum iuris emphyteutici, vel quandocunque in alio instrumento, & de per se: quia tunc non posset dici pars iuris emphyteutici, sed quoddam aliud ius personale separatum à iure emphyteutico. Et ideo licet propter culpam commissam in non soluendo canonem, vel alienando caderet à iure emphyteutico, vt in d. l. 2. & fi. nõ tamen caderet à iure redimendi per dicta iura. Quod dicit bene notandum: quia sæpè in facto venit & doct. hoc nõ tangunt. Ergo cum in ipsomet instrumento emphyteutico, de quo agimus, sit appositum pactum redimendi, nec præcesserit, nec sit sequutus alias contractus principalis emptionis & vẽditionis, nec hoc ius redimẽdi sit concessum separatim de per se in alio instrumento, cecidit emphyteuta per d. alienationem prohibitam factam in ecclesiã in commissum ab ipsa domo non tantum, sed etiã à prædict. iure redimendi in eodem contractu appositum: quia fuit pars pretij, vt tenet expresse Cæpola vbi supra. Quod præmaximè habet locum in nostro casu: quia in eodem instrumẽto emphyteusis in quo fuit concessum dictũ ius redimendi præcessit clausula concessionis ipsius, & postea subsequitur clausula commissi. Ergo manifestius apparet hoc casu emphyteutam cecidisse à d. iure per d. alienationem, cum clausula commissi apposita in dict. instrumento id comprehendat. Eandem etiam opin. Cæpolæ in nostro proposito, licèt eum nõ referat in loco supra citato tenet in effectu Ias. in d. l. 2. nu. 5. C. de iur. emphyt. Quia licèt statim in princ. dicat, Nunquid autem emphyteuta cadens à iure emphyteutico propter canonem non solutum cadat etiam à iure luendi, vel francandi? Vide dominũ Bartholomeum Cæpol. determinantem, quòd nõ, in tract. de simul. contract. in vers. 8. præsumptio. in prin. & in vers. nona præsumptio. Postea tamen idem Ias. ibidẽ inquit, licèt in contrarium videtur facere, quòd istud pactum de luendo videtur esse pars inuestituræ libellariæ. l. fundi partem, ff. de contrah. empt. & sic, supple, à iure emphyteutico ex quo cadit, per consequens etiam cadit à pacto luendi, facit l. quæro, §. inter locatorem, ff. locat. Et in hac opinione remanet. Itaque eam expressissimè tenet: quandoquidem in fine inquit affirmatiuè, & sic ex quo cadit, per consequens e-

35 tiam cadit à pacto luendi. Maximè, † quòd in dubio opinio vltima videtur approbata argumento glos. in l. qui filium, §. Sabinus vero. & alia in versicul. sed cuius ibi, & vltim. ad Trebel. quam allegant Ias. & Dec. in l. si idem cum eodem, §. fin. per tex. ibi. ff. de iurisd. omn. iud. quam opinionem dicit communem Curt. Iun. ibi. numero 5. licet. dicat se semper dubitasse de hoc dicto communi, & aliud teneat: sequitur plures alios allegans Ias. in l. pacta nouissima, nu. 2. C. de pact.

Nec obstat, quòd Ias. prius dixerat Cæpolam tenere contrarium, quia Cæpola in dict. præsump. 8. & 9. non loquitur in nostro casu, sed quando contractus emphyteuticus fuit simulatus, & inest in eo præsumptio fraudis, quia fuit appositum in eo pactum insolitum contra ipsius naturam: item quando in eodem contractu est mentio venditionis, & locationis, ex quo alijs simul iunctis præsumitur fraus, & simulatio in ipso: vnde merito, quòd hoc casu non cadat à iure luendi emphyteuta. Et quòd Cæpola vbi supra loquatur in hoc casu, & non in nostro, constat manifestissimè ex eius lect. præterea loquitur Cæpola, quando fuit appositum pactum, vt quandocunque dictus conductor dabit &c. At verò in proposito nostro, non fuit dictum, quandoque, sed tantum fuit dictum, Dando y señalando. Nec exprimitur quando: vnde intelligitur re integra, idest, durante emphyteusi, per sup. dict. Maximè quia hoc probatur in eadẽ clausula ibi, *E se queden las dichas casas libres sin censo ni tributo alguno.* Nam hoc apertè præsupponit, quòd est durante emphyteusi: nam ea finita, & resoluta per in commissum domus remanet libera penes dominum directum (licet ipse etiam, si dictum sit quandocunque, cessante tamen fraude, & simulatione, adhuc idem teneretur, vt intelligatur, quandocunque, idest, re integra durante emphyteusi.) Hanc eandem opinionem, scilicèt, quòd quando pactum redimendi est appositum in ipso contractu emphyteusis, emphyteuta cadens in commissum ab ipsa re, cadat etiam ab ipso iure redimendi: quia pactum tunc est pars pretij: tenet expresse Moder. Parisien. in addit. ad Alex. consi. 228. num. 5. litera B. vol.

B. vol. 6. Vbi cum Alexand. dict. nume. 5. dixisset, quòd quando vltra inuestituram, & concessionem in emphyteusim factã, est & facta per se, & separatim promissio de retrouendendo & si emphyteuta cadet a iure emphyteutico, non sequit. q. ceciderit à iure redimendi. Hactenus Alexander, inquit Mod. Paris. super verb. separatim: secus si in eodẽ contractu: quia tunc tale pactũ esset pars emphyteusis. Et istud intelligo quando dominus simpliciter concedit alij rem suam in emphyteusim sub hoc pacto: secus si dominus venderet domum suam, & eandem reciperet in emphyteusim à venditore cum pacto redimendi vsque ad certum tempus, vel in perpetuum, etiam in eodem contractu: quia tunc licet interim amitteret emphyteusim non soluendo canonem non tamen amitteret ius redimendi. Quia ius redimendi hoc casu est pars venditionis, & refertur ad venditionem totius rei. Ergo cum in nostro casu fuerit factus simpliciter contractus census emphyteusis, & in eo fuerit appositum dict. pactum, nec interuenerit venditio principalis ante hunc contractum emphyteusis, nec postea, emphyteuta alienando in ecclesiam cecidit etiam à præd. pacto iuxta supradictos Doctores. Eandem etiam sententiam tenet, & sequitur Ludouic. Gozad. in repet. l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. q. fi. nu. 182. & sequentibus in versic. final. illius repetitionis incip. quarta conclusio. Nam licèt in d. quæst. ante d. vers. quarta conclusio. post longam disputationem pro vtraque parte resoluerit esse cõem, & tenendam opin. quòd quando emi à te fundum, quẽ locaui tibi ad certum tempus vt puta quinque annorum cum potestate francandi fundum, idest cũ pacto, vt possit fundum retroemere pro tali pretio, licèt propter fructus non solutos cecideris à iure locationis, non tamen ob hoc eris priuatus iure francandi, & redimendi secundum Cæpol. de simulatione contractus d. præsumptione 9. Ias. in d. l. 2. C. de iur. emphyt. & Barba. consil. 51. lib. 1. col. 15. quia dictum pactum hoc casu non est pars locationis, sed venditionis, quia ad ista cogitur actione ex vendito, & ex contractu: vt in d. l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. Hoc tamen procedit in casu sup. dicto, quod præcessit contractus emptionis, & venditionis, quia tunc nimirum, quòd per cessationem solutionis licèt cadat in commissum à locatione non tamen perdat ius francandi: quia non est pars contractus locationis, sed emptionis & venditionis, qui prius & principaliter fuit celebratus, sicut idem conclusit in dicto casu eadem ratione Mod. Paris. vbi supra. Tamen Ludou. Gozad. vbi supra in d. vers. fin. repetitionis inquit ad propositum nostrũ, quòd si locatio fuit facta cum pacto francandi durante locatione (itaque non præcesserit venditio, vt ex eodem authore aperte colligitur) tunc tenet indubitanter, & indistincte, quod propter non solutum canonem sit etiã priuatus iure francandi, quia potestas francandi est concessa durante locatione. Sed propter non solutum canonem est finita locatio, ergò &c.

Et licèt in proposito non fuerit expressum, quòd prædictum pactum francandi sit concessum durante tempore emphyteusis, id tamen ita intelligi debet præter quam, quòd idem patet ex ipso instrumento dum dicitur, *Ese queden las dichas casas libres, sin censo ni tributo alguno*. Quia ex hoc vt sup. dictum est manifestissime probatur, dicto pacto licere tantum vti durante emphyteusi: quia ea finita iam res emphyteutica est libera à prædict. censu, & reuertitur ad dominum directi dominij. Eandem opin. intelligendus est tenuisse idem Ludouic. Gozad. consil. 86. nu. 26. Quamuis ibi simpliciter & indistinctè dicat emphyteutam cadentem in commissum non cadere à iure luendi: quia allegat se ipsum in repet. dict. l. 2. vbi fecit prædict. distinctionem. Et in vltima conclusione tenuit nostram opinionem in proposito: quia dictum glo. vel doctoris debet intelligi secũdum Cotam, quã allegat, præcipuè si se ipsum allegat, quia non est præsumenda sui ipsius correctio, nisi expresse fiat secundum doctrinam Bartol. communiter approbatam in l. non solam, §. si liberationis verba, numero 7. ff. de liber. legat. Quod etiam patet: quia in d. nume. 26. allegat Cæpolam d. præsumptione 8. qui loquitur quando præcessit venditio, & adest pactum simulatum, & præsumptio fraudis. Item allegat Alex. d. cons. 228. qui loquitur quando ex alio instrumento separatim de per se competit ius luendi: & hic non est noster casus. Item allegat Ias. in d. l. 2. nu. 5. qui benè inspectus tenet nostram opinionem vbi sup. dictum est. Itẽ allegat Barba. d. consi. 51. qui numero 18. vbi agit de hoc, loquitur in contractu venditionis cum pacto de retrouendendo, & modicitate pretij, & cum inuestitura sub pensione annua, & sic in contractu fœneratitio, (de quo casu non est nostra quæstio, nec lis.) Quia in eo merito, quòd non perdatur ius francandi, licèt cadat in commissum res locata ex rationibus sup. dictis quæ omnes cessant in nostro casu. Et tenẽtes opinionem Barbatij tenent etiam nostram in hoc nostro casu tanquam iuridicam diuersam, & separatam ab opinione Barbat. & sequacium. Ex quibus fit, quòd Gozad. in d. consil. non tantum non obsit nobis, sed imò visus sit tenere nostram opinionem sup. d. Decius etiam in l. in bonæ fidei. num. 13. C. de pact. tenet nostram opi. in terminis. Quia licèt posteà referat Barbat. vbi supra pro contraria parte, tamẽ Barb. vt ibi supradictum est, loquitur in casu diuersissimo, & qui nõ attinet ad nostrũ. Nec obstat, quòd ibi adducit Decius, scilicet, quòd pœna non habeat locum, nisi expressum sit, & quod in pœnalibus non fit extensio, vt in regul. in pœnis de reg. iur. in 6. Quia respond. satis expressum esse in iure, quòd emphyteuta non soluens canonem tempore debito intra biennium, vel triennium, vel alienãs in ecclesiam incidat in commissum, & cadat à iure emphyteutico, vt supra dictum & conclusum est. Sed hoc pactum redimẽdi appositum in ipsomet cõtractu emphyteusis est pars ipsius, vt supra probatum est: igitur ab eo cadit, quia continetur in

toto.

toto. Vnde cum hoc ita sit non tractatur hic de extensione fi enda in pœnalibus.

56 Maximè quia † etiam in pœnalibus fit extensio ex identitate rationis expressæ, vt plures allegans concludit Tiraq. de caus. cessan. 1. parte, nu. 155. vbi dicit hoc non esse interpretationem extensiuam, sed intensiuam, & dilectiuam. Præterea in proposito alia ratione præcipua non habet locum pactum luendi post commissum, quia si hoc diceremus daretur correctio, & repugnantia eiusdem scripturæ, quòd non est dicendum, vt supra probatum existit. Non obstat etiam quod tradit Alciat. in regul. 3. præsumptione fin. quæstio. 45. Nã expressissimè loquitur, quando præcessit contractus emptionis, & venditionis, & in continẽti fuit factus contractus emphyteuticus, & deindè emptor fecit pactum de luendo intra certum tempus. Quia hoc casu inquit Alciat. videri æquiorem opin. quòd licèt emphyteuta cadat in commissum propter cessationem a solutione canonis, non tamen eadit a iure luendi, non inquam obstat, quia in hoc casu militat diuersa rõ, quàm in nostro. Et doct. qui tenent hanc partem in nostrum fauorẽ, tenent etiam illam, quæ non est contraria sed diuersa in alio casu, & ita distinguunt, & declarant doct. præfati. Maximè quia Alciat. vbi suprà adhuc credidit, quòd in supradict. casu dominus nõ teneatur vigore d. pacti, nisi ad transferendum directum dominium, reseruato vtili, quod fuit consolidatum: quia illud pactum in luendo intelligitur secundum tempus contractus, & sic directo tantum separato ab vtili, non autem debet extendi ad ius interim quæsitum, l. Rutilia Polla, ff. de contrahend. empt. præsertim ex culpa ipsius pacifcentis. Nam ex quo in continenti fuit factus contractus emphyteuticus, satis arguitur mens cõtrahentium, vt emptor haberet solum dominium directum separatum ab vtili, argumento l. si ventri, §. fin. ff. de priuileg. cred. Sed in nostro casu, nec respectu directi dominij habet locum d. pactum luendi quia ab eo cecidit per supradicta, nec contrarium dicit Alciat. Et eodem modo, & casu est intelligendus loqui idem Alciat. in l. petens, nu. 16. & sequentib. C. de pact. quia refert Barbatium, vbi supra, & tenet supradict. opin. quam tenuit in d. præsumptione fi. Et tandem concludit, quòd sit aduersus emphyteutam interpretatio, qui ex verbis pacti intentionem suam debuit probare. Et transactis iam plus tribus. annis postquã hæc scripserã inueni doctissimũ Menoch. de arbitr. iud. li. 2. cent. 3. casu 276. nu. 20. referentẽ & intelligentẽ expressè Dec. in d. l. in bonæ fidei, d. nu. 11. & Gozad. d. cons. 86. num. 26. & Alciat. in d. regu. 3. præsumpt. vlti. num. 2. post Barb. d. consilio 51. lib. 1. loqui prout supra eos intellexi, scilicet, quando præcessit contractus venditionis & statim venditor rem venditam in emphyteusim recepit, & deinde emptor fecit pactum de luẽdo, vt hoc casu emphyteuta cessans à solutione canonis, ita quòd cecidit à contractu emphyt. non censeatur cecidisse à pacto luendi.

Ex quibus omnibus, in hac parte dictis iam duæ patent conclusiones verissimæ, & approbatæ per doct. diuersæ inter se. Prima quòd emphyteuta, quando non præcessit principalis contractus emptionis & venditionis cadens in commissum propter cessationẽ à solutione canonis, vel alienationem factam irrequisito domino, vel alio modo à iure reprobatã, perdit etiam, & amittit ius luendi sibi concessum in eodem contractu emphyteusis, quia est pars ipsius: & cadens à toto, cadit à parte. Item, quia aliàs daretur correctio, & repugnantia eiusdem scripturæ, & illusoriè redderentur omnes conditiones commissi in eadem appositæ: quod minimè est dicendum. Imò fieri debet concordia, vt supra dicta euitentur. Et hic est proprius noster casus decisus expressè, & probatus tam iure, quàm authoritatibus doctorum.

57 Secunda † cõclusio principalis est: Quòd quandocunque præcessit cõtractus principalis emptionis & vẽditionis inter eosdem cum pacto de luendo rem in eodem instrumento, vel separatim in alio posito: tunc quia non censetur pars contractus emphyteusis prædictum pactum, sed contractus emptionis & venditionis, qui fuit primus & principalis contractus, qui fuit celebratus: licet emphyteuta ceciderit in commissum, non cadit hoc casu à iure luendi, quia est diuersum ius, & diuersa ratio inter hunc casum, & præcedentem, de quo supra in prima conclusione. Et hæc secunda conclusio est etiam cõmunis & recepta per eosdem doct. Et nos non agimus de hoc casu, nec sumus in eo: quia in præsenti nõ fuit celebratus contractus emptionis, & venditionis, sed emphyteusis tantum: & in eo etiam ante conditiones commissi fuit appositum dict. pactum luendi, non vero separatim de per se in alio instrumento. Et hæc est verissima distinctio horum casuum.

Restat modo, vt satisfaciamus fundamentis cõtrariæ partis huius 2. artic. principalis supra adductis. Et primo fundamẽto respondeo, quod reg. illa generalis habet plures exceptiones, è quibus vna hæc inuenitur expressa in pacto luendi rẽ, quãdo facultas hæc non competit iure proprio, sed alterius, vt probatur in iuribus allegatis per Celsum vbi supra.

Ad secundum fundamentum de pacto de retrouendendo respond. quod illud est ex parte venditoris qui tempore venditionis rei suæ, potest apponere quodcunque pactum cum sit dominus, & in re propria quilibet sit moderator, & arbiter, vt sunt iura vulgaria. Vnde cum facultas hæc competat iure proprio ratione dominij, merito quòd trãseat ad hęredes; nos verò agimus ex parte emphyteutæ, qui ex natura emphyteusis pperuæ non potest illam redimere, nisi pacto & facultate domini directi, id sibi liceat, vt in proposito. Meritò igitur, quòd non transeat facultas hæc ad hæredes. Et sic sunt diuersissima hæc duo: & ex separatis non rectè fit illatio, vt in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. poss. cum simil.

Non abstat etiam tertium fundamentum de iurecex-

re excipiendi competente venditori, vt competat etiã emptori, quia illud est diuersum à nostro casu, in quo agimus de iure luendi, & liberandi rem emphyteuticam competente, nó quidem iure proprio, sicut ius excipiendi, sed alterius.

Quartum & vltimum fundamentum, ex Bart. non obstat; quia ipse loquitur de iure redimendi à lege dato, & concesso postquam res cecidit in commissum, vt constat tam ex verbis Bart. quam ex l. ab eo allegata. Nam postquam dixit, quòd ius redimendi rem, quæ incidit in commissum transit ad hæredem, inquit, Pone in terminis: Res incidit in comissum, data est domino potestas redimendi illam rem l. fi. in princ. Modò quæritur an illa potestas redimendi transeat ad hæredem? Respondet, quòd sic. Et d. l. fi. in princ. ff. de public. & vectig. loquitur in seruo, qui cecidit in commissum propter vectigal, vel pedagium non solutum à domino pro eo, quia hoc casu l. illa concedit domino ius dandi, vel soluendi æstimationem pro eo, propter rationes domini, quas gessit reddendas. Et merito, quòd hoc casu, hoc ius transeat ad hæredes, quia competit domino iure proprio, & specialiter à lege conceditur hoc beneficium, vt possit dominus redimere seruum postquam cecidit in commissum, antea vero, non, quia erat prius ipsius domini. At in nostro casu facultas luendi, & liberandi rem fuit concessa à domino emphyteutæ, cui aliàs non competebat, & fuit concessum hoc ius, vt eo vteretur antequam res caderet in commissum, & sicut efficeretur dominus plenus dict. rei liberando eam, non vero postea, vt supra satis probatum est.

Decisio Tertij Articuli principalis.

38 QVOAD † tertium articulum principalem videtur primò dicendú, quòd virtute dict. clausulæ in hoc dubio relatæ sit soluta emphyteusis, & ita potuerit alienari in ecclesiam absque pœna commissi iuxta communem opin. traditam in proposito per Roland. à Valle, consil. 3. num. 60. & iterum consi. 42. num. 16. lib. 1. & consil. 79. nu. 11. lib. 2. & Celsum Hugon. consil. 26. nu. 13. & 33. Iulium Clarum lib. 4. recept. sententiarum q. 13. vers. sed pone. Nam dict. communis opinio habet, quòd pactum appositum in contractu feudi, vel emphyteusis, vt, scilicet, possit alienari libere d. feudum, vel emphyteusis in quoscunque voluerit, & quibus dederit feudatarius, vel emphyteuta valet, & est seruandus tenor inuestituræ, & potest alienari in personas inhabiles, & quæ aliàs non poterant in illo feudo succedere: nec requiritur licétia domini ad præd. alienationem, vt supradicta verba aliquid operentur iuxta l. si quando C. de inoffi. testam. cú similib. Ergo hoc videtur expressum in proposito, quid dicendum?

Breuiter dicendum, & tenendum est totum cótrarium: Imò quòd in nostro casu, & proposito nó fuerit soluta natura emphyteusis, nec ab ea recessum propter d. clausulam, sed sit vera & propria emphyteusis & seruanda cum suis pactis pœnis & conditionibus, non obstante d. clausula. Primò, quia dict. communis opinio omnino falsa videtur, quia supradict. clausula & pactum in ea appositum est contra propriam naturam emphyteusis in eodem cótractu appositam, & celebratã, eique directo repugnat, nec se compatitur, nec etiã in aliam speciem contractus potest transferri, eodem nomine appellatiuo retento.

Vnde succedit doctrina Speculator. in titul. de locat. §. nunc aliqua. versic. 94. nu. 117. & ibi Ioan. Andr. in addit. & Salicet. in l. 2. C. de iur. emphy.

39 concludentium, † quòd pactú contra substantiam contractus non valet, imò reijcitur tale pactum. l. cum precario, ff. de precar. l. obligationum ferè, §. placet, ff. de actio. & oblig. l. rogasti, §. si tibi decem millia. in princip. ff. de pact. l. 1. §. 1. ff. si vsusfruct. pet. & text. in c. fi. & ibi doct. de precar. Et in termi nis tenent etiam Alex. & alij relati per Roland. à Valle dict. consi. 3. nu. 13. & d. consi. 42. nu. 5. Imo procedit hoc, etiam si contractus sit iuratus, quia nihilominus huiusmodi pacta reijciuntur, vt cum Bart. Bald. Alb. & Sali. concludit & tenet Celsus Hugo dict. consil. 26. nume. 34. Nec obstat, quod contraria opinio supra relata sit communis, & quod Specul. qui tenet contrarium sit communiter reprobatus secundum Iulium Clar. vbi supra. Quia alia non rectè iure fundatur, imò aduersus eam sunt supra dicta iura. Et præterea facit, quia si communis opinio vera esset, daretur repugnantia, & correctio in cótinenti facta eiusdem met contractus vnico verborum contextu: quod est absurdum, & minimè dicendum. Quia concordari debet instrumentum & subaudiri, vt euitetur dicta repugnantia, & correctio vt sup. probatum est de iure, & tenet in proprijs terminis Celsus vbi sup. nu. 45. in princip. Quo casu potius verba generalia dictæ clausulæ debent impropriari, restringendo ea ad habiles, sicut in eodem instrumento dictum est prius, si ita restringere esset impropriare quod non est ad hoc, vt contractus iste sustineretur, & regularetur secundum morem emphyteusis vt in l. si insulam, ff. de præscript. verb. & in l. si olei. in princip. C. de locat. vt cum alijs tradit in terminis Celsus vbi supra, nu. 45. versic. per quam rationem.

40 Et verba † contractus debent in dubio intelligi secundum naturam feudalem, & sic emphyteus. vt minus lædant, quàm fieri potuerit, vt testatur Bal. & communiter omnes scrib. tenere, Celsus vbi supra, num. 39. Beccius consi. 88. num. 11. versic. diuersum lib. 1. Quo fit, vt supra dict. communis opinio adducta pro contraria parte non sit vera. Nec obstat quod cum sit communis est tenenda in iudicando & consulendo, vt supra probatum est in princip.

41 Quia † respondeo cum Philippo Dec. consi. 399. nu. 11. quòd plerunque doct. nostri non perscrutantur rationes, sed imitantur aues, quæ quando vna volat aliæ omnes sequuntur.

42 Et ideò † cómunis opinio non attenditur quando

do alia opinio contra communem fundata sis melioribus rationibus, & allegat plures ita tenentes. Ita igitur videtur dicendum in nostro casu per supra dicta.

43 Pro † quo facit, quòd ex Alex. refert & sequitur Auiles vbi supra, in dict. c. 1. in gloss. fiel, num. 15. fol. 28, scilicet, quòd communis opinio non est sequenda, quando est notoriè falsa, vel rationabiliter conuincitur secundum quòd Iudex acutissimi ingenij æstimabit. Et, quod opinio, quæ melioribus legibus, & rationibus fundatur, sit tenenda, & iudicandum contra communem probat optimè Marian. Socin. consil. 131. nu. 8. lib. 3. Quia veritas semper debet præualere per tex. in l. 1. §. sed neque, C. de veter. iur. enucl. & text. in l. Plautius, ff. ad l. Falci. ponderando quòd Iurisconsultus ibi sequitur opinionem vnius, reiecta opinione aliorum, & refert plures ita tenentes. Sed nemo sanæ mentis erit, qui supradict. communem opinionem veram esse fateatur, cum sit contra expressam mentem ac verba contrahentium. Item & quia per eam daretur repugnantia, & correctio: igitur non est tenenda, sed contraria cum sit rectè probata & fundata: præcipuè cum habeat authores antiquos & graues.

Nec obstant aliqua iura feudorum, quæ pro communi supra dict. adducuntur, quibus probatur seruandum esse tenorem inuestituræ. Quia text. in cap. 1. §. fin. de duobus fratrib. à capit. inuestit. tantum dicit esse seruandum tenorem inuestituræ. Item text. in cap. 1. §. fin. de succes. feudor. tantum probat fœminas nõ esse admittendas ad feudum, nisi aliud caueatur in cõditione ipsius feudi. At pacta hæc non sunt contra propriam substantiam, & essentiam feudi, licet sint cõtra ipsius naturam. Vnde obstant illa iura in proposito, quo agimus, de pactis contra substantiam contractus emphyteutici, quæ ipsum resoluunt: nam hæc non valent per supradicta.

Secundò, & principaliter pro hac parte facit. Quia etiam si præd. communis opinio esset vera & tenenda (quod diffiteor) adhuc in nostro casu non haberet locum: quia illa posset esse vera & procedere quãdo illa verba prioribus non repugnarent.

44 Quia verba † potius debent deseruire naturę cõtractus, quam natura verbis; vnde qualis sit contractus inspicitur natura & non verba, vt cum alijs tradit in proprijs terminis Celsus vbi supra, n. 45. vers. & per hoc possumus. Sed in casu nostro non solum repugnant dicta verba prioribus, quibus cauetur, vt nullo modo possit domus hæc emphyteusis alienari in ecclesiam neque in clericum sub pœna commissi. Sed imò in principio d. clausulæ, qua se fundat pars aduersa, postquam fuit apposita d. pœna commissi dicitur, *Con las quales dichas condiciones, è con cada vna dellas, è con todas las de mas que hablan sobre los censos perpetuos, vos damos las dichas casas al dicho censo, segun, e de la manera que dicho es: e desde oy dia, &c.* Et paulo infra ponũtur in eadem clausula dict. verba, *E para que las podays vender, donar trocar y cambiar, e enagenar, e hazer dellas como de cosa vuestra propria.* Itaque ex precedentibus necessario hæc verba generalia intelliguntur, & restringi debent, *Con las dichas condiciones, y cada vna dellas,* quibus sunt affecta dicta verba generalia. Et in claris non est locus coniecturis, quia non sumus in casu d. cõis opin. quãquidem ipsa loquitur quñ verba adeo generalia sunt, vt non restringantur conditionibus emphyteusis vel feudi. At in proposito expressè proferũtur cum dictis conditionibus: præterquam, quòd de iure secundum veriorem, & certiorem opinionem, ita intelligenda forent per supradicta. Seruari igitur debet pactum hoc contrahentium, con las dichas condiciones, eò vel maximè, quod hoc pactum concordat cum propria natura ipsius contractus emphyteusis, qui continetur in d. instrumento. Preterea post dicta verba generalia iterum repetuntur dictæ cõditiones, vt patet ex instrumento ibi, *E por otro tanto precio, e cõdiciones como la susodicha.* Et iterum eadem verba repetuntur paulò post inferius. Quo fit, vt siue ad verba præcedentia: siue ad sequentia dict. clausulæ, cui innititur pars aduersa respicias in omnibus inuenies expressam mentem contrahentium, vt dictæ conditiones, pacta, & pœna commissi seruentur.

45 Et † verba hæc, como la susodicha, vel, como dicho es, sunt relatiua præcedentium cum omnibus suis qualitatibus, Decius cons. 182. num. 11. & cons. 377. ante nu. 5. Parisius cons. 41. nu. 65. lib. 2. Syluan. cons. 68. nu. 5. lib. 2. Aymon Crauet. cons. 92. nu. 8.

Tandem cessat omnino prætensio partis aduersæ, aduertendo, quod post oia verba sup. relata dicti instrumenti, quæ fuerunt prolata à dominis directi dominij concedentibus dict. domum in emphyteusim, intrat acceptatio omnium supradictorum facta per dictos emphyteutas cum obligatione ipsorum ad obseruantiam eorum, vbi affirmatiue dicunt, *E las tomamos al dicho censo con las dichas condiciones e penas, e commissos, & cada vna dellas segun de suso se contiene. Las quales aprouamos, e ratificamos, porque las auemos visto, e leydo, e entendido, somos sabidores de lo en ellas contenido, e son en nuestro fauor, e las auemos aqui por especificadas, e insertas, e otorgamos e conocemos, y prometemos, y nos obligamos a nuestras personas y bienes, &c.* Et ibi, *de cumplir y guadar las dichas condiciones à la letra, como en ellas se contiene à la letra, sin les dar otro entẽdimiento ni declaracion alguna.* Et ita apertissimè patet, dicta verba generalia, quibus se pars aduersa iuuare prætẽdit debere intelligi secũdũ præcedentia, & sequẽtia, & noluisse partes, quòd aliud operetur. Et sic cessat ratio pro cõmuni adducta in d. l. si quando, C. de inoffi. test. Item constat, quod etiã si aliud sensissent partes, postea tamẽ ab eo recesserunt, & obligauerunt se cum prioribus conditionibus, pactis, pœnis & commissis. Et in contractibus si correctioni locus dari debet, vltima pacta inspicienda sunt, l. pacta nouissima, cum materia, C. de pact. Et quod in his terminis non procedat d. cõmunis opinio, etiam si vera esset, probat latè, & optimè pluribus iuribus, rationibus, & fundamentis

tis

tis nec non & authoritatibus doctorum Celsus vbi supra d. cons. 26. nu. 35. & sequent. qui est omnino videndus, quia omnium optimè, quos ipse viderim, loquitur in proposito, & proinde eius verba non refero; * eidem parti quam defendimus mirum in modum fauet communes resolutiones quas in proposito plurimorum authoritate munitas refert, & sequitur Octauian. Cacher. decis. Peda. 163. per totam. Ex quibus omnibus resultat clarissimam esse iustitiam actoris atque pro eo sententiam esse ferendam mediante iustitia, saluo meliori iudicio rectissimi iudicis, cui me submitto. Placentiæ 10. die Iunij, Anno 1572.

SVMMARIA.

1 *Successor maioratus an in iudicio postulare possit in vita possessoris ipsius, vt declaretur post mortẽ possessoris, ad se maioratum pertinere?*

2 *Fœmina non succedit in inuestitura feudi quãdin masculus superest in eodem gradu & num. 25. nec id est speciale in feudis, & fundatur in mera ratione dispositionis num. 5.*

3 *Quando ratio expreßa in lege est generalis, & decisio particularis, tũc ratio generalis pro lege habetur, & decisio loco exempli est.*

4 *Valet argumentum de feudo ad maioratum.*

6 *Filia vocata in defectum masculorũ, & eorum filiorũ præfertur nepti ex filio non extantibus masculis.*

7 *Filius testatoris, vel alius qui sit de familia, & agnatione ipsius præfertur neptibus ex filijs masculis primo nominatis.*

8 *Patruus præfertur neptibus ex fratribus in emphyteusi suscepta pro se, & filijs masculis, & non extantibus masculis pro fœminis.*

9 *Vocatus ad successionem maioratus ex descendentibus masculis, & in eorum defectu fœminis, & c. quilibet eorũ habet propriam vocationem, & substitutionẽ, & primo vocatus dẽt præferri postea vocatis.*

10 *Ordo datus inter primos nominatos seruari debet inter reliquos substitutos.*

11 *Quousque extat aliquis de generatione & linea, illius ad quem peruenit maioratus ipse debet præferri alijs alterius lineæ postea vocatis, & prius quam fiat in successione locus secundo genito, & ipsius lineæ debet in totum extingui prima linea.*

12 *Quilibet fratrum constituit propriam lineam, & alter alterius linea non dicitur.*

13 *Mares etiam ætate minores præferuntur fœminis etiam maioribus in successione maioratus, in eodem tamen gradu & linea existentibus.*

14 *Filia primogeniti, etiam præmortui viuente patre excludit patruum masculum secundogenitum, vbi ex conditionibus, & legibus primogenij fœmina non excluditur & vide nu. 30. & sequent.*

15 *Statutum, si excludat fœminas propter masculos, an fœmina ex masculo repellatur?*

16 *Filia non excluditur à successione patris propter existentiam fratris defuncti stante statuto, quòd filia dotata a patre, vel a matre, extantibus fratribus non possit succedere patri vel matri.*

17 *Statutum si excludat filiam propter agnatos primi gradus computando gadus de iure canonico non excludetur filia propter agnatos primi gradus ipsi defuncto, vt hic.*

18 *Statutum siuè præceptum exclusiuum fœminarum propter masculos, est correctorium iuris, et accusatiuum naturæ, & sic est strictissime intelligẽdum, & c.*

19 *Statutum vel cõcessio feudi si excludant à successione fœminas extantibus masculis, eis deficientibus succedit fœmina primogenita cum deest masculus ex eo, qui postremo successit alijs etiam si esset ex alijs iam exclusis per inclusionem illius.*

20 *Fœmina instituens maioratum in dubio non videtur exclusisse fœminas deficientibus masculis, etiam si vtatur verbis masculini sexus, aut quæ ad masculos referri solent.*

21 *Consuetudo vniuersalis totius Hispaniæ habet, vt filia vltimi possessoris maioratus masculi præferatur omnibus alijs etiam masculis alterius lineæ, & gradus remotioris, & num. sequenti.*

22 *Consuetudo Hispaniæ in maioratibus seruanda est.*

23 *Quotiescunque in aliqua parte seu clausula primogenij vocantur fœminæ etiam si plures in eo primogenio masculi vocati fuerint, & in eo non censetur habita agnationis ratio, sed solum prælatio masculis tributa, ita vt in eorum defectu fœminæ eiusdem gradus succedant, secus quando fœmina semper excluditur, & nullo casu admittitur.*

24 *Maioratus institutor, quoties generice, & absolutè fœminas propter masculos a maioratus successione exclusit, nec se illas propter masculos remotiores excludere velle adiecit, ea exclusio propter masculos eiusdem lineæ, & gradus non autem propter remotiores intelligenda est, vbi quomodo hoc intelligatur.*

26 *Extẽsio non fit de vna persona ad aliam in statuto excludente fœminas propter masculos, sed exclusio restringitur in personis expressis. Itaque nunquam quis excluditur nisi à personis specificatis in ipso statuto.*

27 *Nepos ex filio non excludit amitam licet filius excludat sororem.*

Statutum si excludat matrem existente patruo, non habet locum statutum in patruo magno, eodem numero 27.

28 *Descendentes grauati à testatore restituere fideicommissum, censentur grauati, si sine liberis decesserint. Quòd procedit siue liberi à grauato suscepti sint masculi, siue fœminæ reperiantur exclusæ, vt in nu. 29. Et procedit etiam in maioratus successione, nisi fœminæ reperiantur exclusæ, vt in nu. 30. Item quando testator in conditione expressit qualitatem sexus virilis, vt in nu. 31.*

32 *Testator per verba illa, si sine filijs masculis decesserit videtur fœminas exclusisse quando testator ipse curabat agnationem suam conseruare.*

33 *Testator cum fœminas prorsus exclusit a fideicommisso videtur curare agnationem suam conseruare, secus quando aliqua parte dispositionis sunt vocatæ fœminæ.*

34 *Filia descendentis grauati excludit substitutum, etiã si sit de testatoris descendentibus.*

35 *Vbicunque ad aliquam successionem vocantur filij, qui*

lineam

lineam maſculinam deſcendunt, fœmina, quæ à maſculo deſcendit in hac ſucceſſione an comprehenſa cenſenda erit?

CONSILIVM XIII.

DOminus ſit mihi adiutor. In cauſa maioratus Corduben. viſis clauſulis fundationis ipſius, & præſenti contentione, qua patruus poſſeſſoris maioratus petit in iudicio declarari, decedēte eodem poſſeſſore abſque liberis maſculis, quamuis filias legitimas habeat, maioratum ad ſe pertinere excluſis prædict. filiabus iuxta ſupradictas clauſulas maioratus, quibus cauetur, vt extantibus maſculis filiæ fœminæ non ſuccedant. Duo ſunt hic præcipuè agenda, vt his diſcuſſis perſpicuū ſit veri partium iuſtitia patrocinetur. Primò verum is, qui ſucceſſorem ſe eſſe futurum in aliquo maioratu prætendit poſſit in vita poſſeſſoris ipſius in iudicio poſtulare id ſententia diffinitiua declarari, necne? Secundò, an eo conceſſo, patruus in cauſa principali habeat iuris ſolidum fundamentum, (hoc eſt) an ſit legitimus ſucceſſor in prædict. maioratu poſt mortem poſſidentis nunc eum, excluſis ipſius legitimis filiabus, non extantibus filijs maſculis?

1 Circa † primum articulū (omiſſa ſuperflua altercatione) breuiter vera eſt reſolutio, ac ſentētia, quam praxis accepit & recipit in regalibus auditorijs & tribunalibus ſupremis, Succeſſorem maioratus, id minimè petere poſſe, in vita poſſeſſoris eiuſdem eo inuito, ſed tantum poſt ipſius mortem, eo quod ſit tractus futuri temporis, qui ad iudicem minimè ſpectet, nec pertineat duobus caſibus exceptis. Primò quando maioratus poſſeſſor bona maioratus diſſiparet. Secundò quando ſe iactaret, bona aſſerta maioratus eſſe libera, ſeque de illis poſſe ad libitum diſponere. Ita concludunt Anton. Gomez in l. 40. Tauri, num. 79. Arias Pinel. in l. 1. in 3. p. n. 78. C. de bon. mat. Cou. lib. 3 var. reſolut. c. 18. n. 8. Greg. Lopez in l. 1. tit. 2. partita 3. & D. Antonius de Padilla in l. 1. n. 30. C. de fideicom. & nouiſſimè idem latius omnibus probauit atque deduxit. D. Molina li. 3. Hiſpan. primog. c. 14. per totum. Et quamuis Roderi. Suarez allegatione 4. contrarium videatur tenere, loquitur tamen, & intelligitur in caſibus ſupra exceptis: quem ſic intelligunt Cou. & Greg. Lopez vbi ſupra in gl. *En el tiēpo que eſta por venir*, item & Arias Pinel. vbi ſupra, qui optime quoque examinat articulum præſentem. Doctiſſimus etiā Iacobus Simancas huius opinionis nouiſſime fuit in ſuo libello diſceptationum c. 11.* & hæc eſt vera reſolutio vt prædiximus, & quam reuera probat & ad literam ſequitur poſt huius operis primam editionem Ioan. Garſia de nobilit. gl. 47. nu. 14. cū ſequentibus, tametſi, n. 16. immerito & potius animo mordēdi intelligat nos aliud ſenſiſſe: cum ipſe idem prius probauerit, vt patet ex ſupradictis & ex ſua reſolutione.* Quò fit, vt prædict. patruus in propoſito minime agere poſſit, diſſipatione bonorum, vel iactantia ſupradictis minime interuenientibus. Circa ſecundum articulum, qui videtur habere difficultatem operæ precium duxi, rem agere pro vtraque parte, vt veritas magis eluceſcat.

Et primò pro patruo facit tex. in c. 1. de eo, qui
ſibi, & hęredib. ſuis maſcul. &c. Vbi ꝓbatur, quod
ſi vaſallus pro ſe; ſuiſque hæredibus maſculis, &
his deficientibus, fœminis inueſtituram acceperit
2 fœmina † non ſuccedit in beneficio quandiu ma-
ſculus ſupereſt: redditque tex. rationem. Nō enim
patet locus fœminæ in feudi ſucceſſione, donec
maſculus ſupereſt ex eo, qui de hoc feudo fuerit
inueſtitus, & ibi notant gloſſa Bal. & cæteri feudi-
ſtę. Circa quem tex. tria ſunt conſideranda, vt ma-
gis aſtringat pro patruo. Primò, quòd ratio ipſius
eſt generalis, per quam extenditur ipſius dictum,
3 & deciſio. Nam quando † ratio expreſſa in lege eſt
generalis & deciſio particularis, tunc ratio gene-
ralis pro lege habetur, & deciſio loco exempli eſt,
vt plures allegans concludit communem eſſe ſen-
tentiam Menchac. de ſucceſ. creat. §. 28. ſtatim in
4 princ. col. 5. Secundò, quòd valet † argumentum
de feudo ad maioratum, vt alios referens tradit D.
Anton. de Padilla in rubrica, nu. 7. C. de fideicom.
& reſoluit communem Anton. Gomez. in l. 49.
5 Tauri. n. 77. Tertiò, quod † in dict. c. 1. non eſt ali-
qua ſpecialitas feudorum, ſed fundatur illa diſpo-
ſitio in mera ratione diſpoſitionis præferentis ma-
ſculos fœminis, vt conſtat ex clauſula huius maio-
ratus, & tenēt in terminis dict. c. 1. Petrus de An-
car. & Florentin. conſ. 359. inter conſilia Ancar.
incip. Nos Petrus, &c. eoſque referens Gre. Lop. in
l. 3. tit. 12. partita 6. in gloſſa magna, ſuper verb.
Mugeres, fol. 89. col. 1. verſicul. & procedit, & ſi in
eadem diſpoſitione.

6 Secundo † pro patruo facit, quod tradit Phi-
lippus Decius conſi. 480. nu. 1. 2. & 3. Vbi proba-
tur, quod facta à patre inſtitutione filiorum ſuorū
hæredum, & in defectū maſculorū, & eorū filiorū
ſubſtitura filia ſua, ipſa præfertur nepti ex filio nō
extantibus maſculis, alias enim eſſent deterioris
conditionis filiæ teſtatoris, ſi ipſæ excluderentur;
quam neptes quæ remotiores ſunt, quod non eſt
dicendum, vt in l. ſi viua matre, C. de bon. matern.
Item, quia non eſt leuis illa coniectura, quod te-
ſtator inſtituit tantum filios maſculos & ſemper
exiſtentibus maſculis excluſit fœminas: vnde vi-
detur motus ſolum illa ratione, fauore, ſcilicet,
agnationis, quæ conſeruatur per maſculos, vt
Doctores dicunt in ſimili ſtatuto excludente à
ſucceſſione fœminas propter maſculos. Si igitur
neptes ex filijs maſculis excluduntur per filias te-
ſtatoris ab eodem ſubſtitutas, à fortiori excluden-
tur per patruum patris ſui, cum ſit maſculus de-
ſcendens à linea maſculina teſtatricis, quando qui
dem in eo militat ratio conſeruandæ agnationis
7 in qua ſe fundauit eadem teſtatrix. Et † quod de
iure filius teſtatoris, vel alius qui ſit de familia, &
agnatione ipſius præfetatur neptibus ex filijs ma
ſculis primò nominatis, tenet & probat Paulus de

Cast. cons. 89. incip. Casus iste frequenter contingit, & cons. 353. quem refert & sequitur Decius cons. 370. num. 2. & in d. consil. 480. nu. etiam 2. Quod videtur expressè prouisum in fundatione præsentis maioratus. Quia primo testatrix vocauit proprium filium masculum deinde filium ipsius maiorem natu, eiusdemque nepotẽ, vel pronepotem masculos; his verò deficientib. vocauit filium secundogenitũ d. primi vocati, ipsiusque nepotem masculum maiorem, post hos verò omnes, ita quòd ex eis nullus filius masculus legitimus ex legitimo matrimonio remaneat, vocauit filiã maiorem ex filio primo vocato. Insuper addit, quòd cum conditionibus (supple dichas) habeant hunc maioratũ filij descendẽtes a primo vocato linea recta, & legitima adhuc masculina potius quã feminina, & filius maior, siue nepos (hoc est) filius filij maioris priusquam alius. Quid igitur apertius potuit exprimere ad præsentis casus decisionem?

8 Tertiò † pro patruo facit, quia iuxta supradictã clausulam modo relatam bene sequitur atque colligitur, quòd neptis ex filio primo vocato, vel ex alio ipsius descendẽte masculo non admittatur ad successionẽ huius maioratus, nisi deficientibus omnibus masculis tam descendentibus a filio primogenito, primi vocati, quam à filio secundogenito, & vlterioribus eiusdem primi vocati. Itaque in summa non vocantur fœminæ à filio primogenito primi vocati, sed tantum masculi, & in eorum defectum filius secundogenitus descendẽs a primo vocato, & ipsius liberi masculi. Et sic videtur, quòd patruus iste cum sit natus ex secundo filio primi vocati præferatur feminis descendentibus ex filijs, vel nepotibus primi vocati, ac per consequens patruus in proposito iuste petat.

Quarto, pro patruo allego elegantem doctrinam Pauli de Castro, consil. 300. per totum vol, 2. Vbi quidam suscepit emphyteusim pro se, & filijs masculis vsque in tertiam generationem: & non extantibus masculis, pro feminis successit, quòd filius masculus major, qui habuit a patre d. emphyteusim decessit sine filijs masculis, relictis tamen filiabus, quæ volebant excludere ab emphyteusi patruum, fratrem patris sui. Et arguens Paulus ad partes tandem concludit pro patruo, vt preferatur neptibus ex fratribus: quia inter alias clausulas tenor inuestituræ habebat, quòd generatio masculina preferatur feminine. Itaque hæc doctrina Castrens. expressa videtur in proposito pro patruo, quam sequitur Greg. Lop. vbi supra, d. fol. 89. colum. 1. in vers. & nota. Vbi dicit, quòd masculus etiam alterius, lineæ prefertur filiæ vltimi possessoris attento tenore innestiture disponẽtis, quòd masculina generatio præferatur, & ait idem videri tenere Gaspar Calder. quem refert, Tãdem inquit in hoc videri latius considerandũ, videlicet, quòd si conditor simpliciter condidit maioriam vocãs ad eã descendẽtes suos vel alios, & tunc indistinctè admittentur masculi & feminę ad maioriã, & duntaxat attenderetur prioritas gradus, dũ tamen pari gradu existentibus masculo & femina præferatur masculus fœminæ: & quòd idẽ esset dicendum quando disponens ab initio vocauit tam masculos quàm feminas ad maioriam. Videtur enim istius mentis fuisse, & facere suam dispositionem secundum qualitates iuris communis. Quando enim quocũque gradu successionis vocauit marem, & feminam, tunc in pari gradu excludetur femina a masculo, non si masculus sit remotiori gradu. Si vero creditor maiorię non ita disposuit, sed vocauit filium suum masculum, & descendentes masculos ex eo, tunc masculus remotior excludit fœminam etiam propinquiorem gradu, voluit enim tunc disponẽs conseruare agnationem suam. Et refert ad hoc Io. Andream & alios plures, & tandem Decium, consilio 375. num. 4. versic, secundo, præmittendum, dicentem hanc esse communem opinionem. Et addit Greg.
9 quòd hoc procedit, & si in † eadẽ dispositione post vocationem masculorum vocet feminas in defectum masculorum per d. c. 1. de eo qui sibi & hæred. suis, alijsque fundamẽtis hoc probat. Et profectò si ad tenorem huius maioratus attẽdamus ipsiusque clausulas, mire conuenire videntur huic tertio casui Gregorij, in quo decidit, quòd masculos remotior excludat fœminã propinquiorem in gradu. Hæc sunt, quæ pro patruo faciunt.

His tamen omnibus non obstantibus contraria sententia in præsenti casu verior videtur, & tenenda, imò, ꝙ filia maior vltimi possessoris præferatur pręd. eius patruo in successione huius maioratus, primò per clausulã expressam ipsius, quæ est huiusmodi. *E si a la sazon de vuestro finamiento no dexaredes el tal varon, nieto hijo de vuestro mayor legitimo varon, o otro algun hijo varon legitimo, & de legitimo matrimonio nascido, quiero y ordeno, que aya este dicho maiorazgo la vuestra hija mayor, que a la sazon fuere viua* (iunctis verbis statim sequentibus) *con las condiciones e prohibiciones* (scilicet dichas) *ayã y hereden este dicho mayorazgo los vuestros hijos descendientes por linea derecha legitimos de legitimo matrimonio nascidos e no otros algunos.* Nã cum nepos testatricis præsens possessor huius maioratus, nullum filiũ neq; alium descendentem legitimum masculum habeat, consequens est, vt eius filia maior legitima debeat succedere in maioratu post patris obitum, non alius, vt expresse continetur in dictis clausulis modo relatis, & si pręd. filia habet expressam vocationem à proauia fundatrice huius maioratus. Nam vbi vocantur descendentes masculi & in eorum defectu fœminę de majore in maiorem, vt hic, quilibet habet suam propriam vocationem, & substitutionem, & primo vocatus debet præferri postea vocatis, vt resoluit Paulus de Cast. in eleganti illo, ac sępe allegabili consil. 164. lib. 2, numero 6. versic. Item non obstat Abbas consilio 85. num. 5. & 6. libro 1. Socin. in l. si cognatis num. 5. ff. de reb. dub. Alexand. consil. 4. num. 14. libro 4. Cæpol. consil. 54. nu. 3. Bertrand. cons. 314. colum. 4. lib. 4. August. Beroi. consilio 84. numero 73. libro 2. Emanuel Costa in quæstione patrui & nepotis pagina 111, in ver-

in verſ.4.non obſtat.Bero.conſ.71.num.57.lib.2. Dec conſ.469.num 1.Alex.conſ.109.num.10.& 11.lib.7.Corne.conſ.37.lib.1.nume.5.& 6. Bart. conſ.58.num.3.

10 Et ordo † datus inter primo nominatos ſeruari debet inter reliquos ſubſtitutos, vt concludit Anchar.conſi.27.num.7. quem licet corrupte refert & ſequitur Curtius ſenior,vbi hoc latius fundat conſi.51.num.11.cum ſequentib.& conſi.75. num.13.verſic.confirmo præmiſſa.facit text.in l. tertia,in principio,ff.de fund.inſtruct.inſtrumentiſque legat. ibi, talem in fideicommiſſi cauſam deductam videri placuit, qualis fuerat legatus. Bart.& Doctores in l.fi. ff.ad Trebell.& in l.cum pater,§.ab inſtituto,ff.de legat.ſecundo;& in l.licet imperator, ff. de legat. primo. Vnde datus à fundatrice in præfata clauſula, ibi, *E ſi a la ſazon de vueſtro finamiento, &c.* quamuis loquatur in filio primo vocato ſeruari debet in cæteris ſucceſſoribus deſcendentibus eiuſdem per ſupradicta; maximè per verba alterius clauſulæ iam ſupra relatæ, ibi, *Con las condiciones e prouiſiones ayan y heredeneſte dicho maiorazgo los vueſtros hijos deſcendientes, &c.*

11 Vlterius † hæc pars iuuatur. Nam quouſque extat aliquis de generatione,& linea illius,ad quē peruenit maioratus, ipſe debet præferri alijs alterius lineæ poſteà vocatis, & prius quam fiat in ſucceſſione locus ſecundo genito, & ipſius lineæ debet in totū extingui prima linea, vt probat tex. in cap.1.§.fi.de natura ſucceſſ.feud.ibi,ſed omnibus ex hac linea deficientibus,omnes aliæ lineæ vocantur & ibi notat Præpoſit.text. in c.1. de duob. frat.& in cap.1.de ſucceſſ.frat.vbi Afflict. nu.7.8. & 24.idem Afflict.in c.1.de ſucceſſ.feud. in principio,num.77. Paulus de Caſtro dicto conſi. 164. num.1.& 5.libro 2.Prępoſ.in c.1.de feud.March. num.8.& 10.ad fi.idem Afflict.in cap.1. num.77. de natura ſucceſſ. feud. Nellus in tractatu bānit. quæſtione 9.primi temporis,circa fin.Notat Corneus conſi.190.num.3.lib.3.Soc.conſi.51. nume. 5.lib.4.& Decius conſi. 397. num.3. Alciat. inter conſ.Grat.conſi.8.Ruin.conſil.9.num.5.lib.1.& conſ.159.num.6.lib.2.

12 Sed † certum eſt de iure,quod quilibet fratrum conſtituit propriam lineam,& alter de alterius linea non dicitur, vt declarat Soc. conſilio 33. numero 8.lib.3.& conſilio 63. lib.1. Decius conſil. 379.numero 4. Socin.iun.conſilio 10.numero 14. libro 1. Ruynus conſilio 27. numero 4. libro 3. Ergo cum de linea poſſeſſoris ſuperſint nunc filiæ fœminæ & deficiant maſculi, & linea patrui magni ſit alia,& diuerſa ab ea,conſequens eſt, vt nullo modo ſaltem iuridico poſſit maioratus hic peruenire ad præd. patruum,quouſque finita ſit in totum linea poſſeſſoris.

13 Quo † fit, vt licet in maioratus ſucceſſione,mares fęminis præferantur in eodem gradu, & linea etiam ſi mares ſint ætate minores fęminis primogenitis,vt notat Couar.lib.3.var.reſol.cap.5. nu.

14 5. attamen † filia primogeniti etiam præmortui viuente patre excludet patruum maſculum ſecundo genitum, vbi ex conditionibus & legibus primogenij fęmina non excluditur, vt probat alios authores idem tenentes referens idem Couarruuias in practi.quæſt.capitulo 38.numero 8.quem ſequitur & bene probat nouiſſime Pelaez de maiorat.ſecunda parte,quæſtione 6. nume. ſeptimo. Vbi a numero ſecundo, cum ſequentib. latiſſime pluribus probat tam de iure quàm conſuetudine totius Hiſpaniæ receptiſſima; quod in bonis maioratus regulariter fęminæ ſuccedant, & excludant patruum ſecundo genitum, non extantibus maſculis in eodem gradu, niſi per authorem maioratus expreſſe, aut per euidentiſſimas coniecturas excludantur. Cum igitur in propoſito noſtro fęminæ non excludantur à ſucceſſione huius maioratus, imò inuitentur, & vocentur in defectum maſculorum, iure optimo & à fortiori filia fęmina maior poſſeſſoris huius maioratus excludet prædictū patruum magnum poſt mortem patris nunc poſſidentis, cum etiam iuxta ſupradicta excluderet proprium patruum,ſi ſupereſſet, qui tamen eſſet propinquiori gradu,quam prædict. patruus magnus qui eſt in vlteriori, ipſa vero filia maior ipſius poſſeſſoris ſit in proximiori vtriſque patruis.

15 Tertio † pro hac parte facit communis illa opinio,quam pluribus allegatis refert Gaſpar Baeca, in tractatu de non meliorando ration. dot. filias, cap.7.nu.33.quæ habet,quod etſi ſtatutum excludat fęminas propter maſculos,fęmina ex maſculo non repellitur. Et licet ibi ipſe cum alijs dicat contrariam opinionem videri veriorem ſuperiorem tamen primam ſententiam appellat communem ex teſtimonio Iaſonis aliosq; eam tenentes refert. Quam etiam ex eodem Iaſone alios quoq; tenentes referēs,addenſque,quod non excludetur à patruo teſtatur communem Andreas Tiraquell. in tractatu de primogenit.15.quæſt.princip. num.4. fol. 291. Vbi loquitur quando pater neptis præmortuus fuit in vita poſſeſſoris, quia ipſa ſuccedit per repræſentationem patris,qui ſuccederet, ſi ſuperſtes foret filius. Et num.7.inquit eſſe ſine dubio,quòd ſi filius primogenitus ſuperſtes fuit patri,& poſteà moriatur relicta filia,ea ſuo patri ſuccedit,nec eius patruus quicquam petere poterit. Nam filius primogenitus tranſmiſit in ſuum hæredem etiam fęminam per l. cum antiquioribus, cum ſimilib. C.de iur. deliber. quia ſufficit ſemel fuiſſe ius quęſitum,l.videmus, ff.quod met.cau.

16 Quartò † principaliter pro hac eadem parte allego conſilium Rolandi à Valle 55. per totum lib.1.vbi noſtram prope quæſtionem mouet,ſcilicet,an ſtante ſtatuto,quòd filia dotata à patre, vel à matre, extantibus fratribus non poſſit ſuccedere patri vel matri, filia excludatur à ſucceſſione patris propter exiſtentiam fratris defuncti? Et relatis ſex fundamentis pro parte patris, probat fundat & ſequitur partem filiæ alijs ſex fortioribus fundamentis. Et reſpondet optime contrariæ partis fundamentis.

17 Quintò † facit, quod tradit Curt. iun. consi. 6. colum. 4. versic. 4. conclusio, vbi inquit, quòd si statutum excludat filiam propter agnatos primi gradus computando gradus de iure canonico, non excludetur filia propter agnatos primi gradus ipsi defuncto, puta propter patruum defuncti, sed propter agnatum, qui ipsi filiæ sit in primo gradu, videlicet, per patrem ipsius filiæ. Quod Curtij consilium, & aliud Bruni refert, & sequitur Rolan. à Valle vbi supra, num. 25. Ecce igitur expressam determinationem in nostro casu in fauorem filiarum dicti possessoris. Confert etiam ratio, quam ibi assignat Rolandus num. 27. dicens, quòd si statuentes voluissent intelligere de fratre defuncti, & sic de patruo vtique expresse hoc sciuissent dicere, si voluissent, argumento l. 1. §. sin autem ad deficientis, C. de caduc. tollen. Decius consi. 309. colum. 4. versic. nec obstat. Vnde cum hoc expresserint sumenda est interpretatio, quòd mens ipsius statuentis fuerit, quòd tātum filia excludatur a fratribus suis, & non a fratribus defuncti, vt ibi refert ex Socin. in simili casu: quæ ratio quoque militat in nostro. Nam testatrix tantum exclusit filias fœminas propter filios, & alios descendentes masculos possessoris maioratus: quibus deficientibus expresse vocauit filiam maiorē eiusdem possessoris. Ergo filia ex filio masculo vltimo possessore non excludetur propter patruū magnum, hoc est, patruum patris sui: siquidem hoc minime expressit testatrix, & sic noluit: quia si vellet expressisset.

18 Huiusmodi † enim statutum, siue præceptum exclusiuum fœminarum propter masculos est correctorium iuris, & accusatiuum natura: quo casu nedum stricte, sed strictissime intelligendū est, & ad vnguem & contextum obseruandum. Interpretarique debet, vt minus lædat ius commune, quā fit possibile: vt omnia hæc dicit & probat sigillatim in terminis dicti statuti Roland. à Valle, vbi supra, num. 21. & sequentibus & numero 29. allegat plures alios Doctor. tenentes expresse hanc opinionem in fauorem filiæ in casu dicti statuti, Contra fratres defuncti. Maximè, quòd in nostro casu expresse testatrix vocauit fœminas deficientibus masculis. & prout sensit, eiusdem lineæ, & gradus, & exclusit alias personas per hæc verba, *E no otros algunos,*

19 Sextò † pro hac eadem parte in expressis prope terminis allego Tiraquellum in d. tractatu primogenit. 10. quæstione princip. num. 18. & tribus sequentibus, præcipue, nu. 21. fol. 287. Vbi tenet, quòd stante statuto, vel concessione feudi, quòd extantibus masculis filia fœmina non succedit, eis deficientibus succedit fœmina primogenita, cum deest masculus ex eo, qui postremo successit alijs. Nam etsi esset ex alijs iam exclusis per inclusionē illius, certè sola istius inclusi filia ius primogeniti obtinebit exclusis illis masculis. Verbi gratia, cū duo essent filij, primogenitus successit excluso secundogenito: deinde ipse primogenitus moritur relicta vna tantum filia, certe ea tantum succedit excluso etiam patruo secundogenito. Nam quandiu superest aliquis siue masculus siue fœmina ex linea, ad quam hæreditas semel peruenit, alia linea postposita, non fit transitus ad istam lineam iam exclusam. Ita Tiraquel. vbi supra allegans alios, num. 25. addit, quòd extante consuetudine (sicut in proposito adest expressa testatoris voluntas) quòd primogenita non extantibus masculis obtineat ius primogenituræ, talis consuetudo intelligitur de masculis eiusdē gradus, quòd si sint remotioris gradus, certe primogenita illos excludit vi talis consuetudinis cum Baldo & Curtio iun. quos refert, limitantibus ex hoc, quòd scribitur in d. cap. 1. de eo qui sibi & hæred. suis. de quo tex: fuit factum primum fundamentum contrariæ partis. Si igitur filia vltimi possessoris excludit patruum fratrem patris sui a successione maioratus, a fortiori excludet patruum patris sui, hoc est, fratrem aui sui in proposita nostra quæstione: quia hic remotior est illo.

20 Septimo † in fauorem filiæ adduco optimam doctrinam, & decisionem plurium doctorū. Quæ habet, quòd licet fœmina alias excludatur a successione maioratus, hoc tamen fallit quoties maioria primum fuit instituta à fœmina: quia in dubio fœmina fœminam non censetur repulisse ab eo iure deficientibus masculis, etiam si vtatur verbis masculini sexus, aut quæ ad masculos referri solent, vt tradit Tiraquel. d. quæstio, 10. num. 27. & consuluit Anchar. cons. 339. col. 5. vers. tertio proles & sequuntur plurimi cosq; referens D. Molin, de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 5. num. 73. & Pelaez eodem tractatu secunda parte, quæst. 6. num. 68. & Burgos de Paz in procemio legum Taut. numero 12. sed in nostro casu fœmina fuit, quæ fundauit hunc maioratum, & deficiunt masculi eius lineæ in qua vltimo introiuit maioratus; ergo filia maior vltimi possessoris præferri debet patruo suo magno.

21 Maxime † cum hæc sit consuetudo vniuersalis præcipue Hispaniæ in maioratuum successione, vt filia vltimi possessoris masculi, præferatur omnibus alijs etiam masculis alterius lineæ & gradus remotioris, vt est notum, & videmus seruari quotidie, & præterea probatur ex l. 2. tit. 15. par. 2. & dictum est suprà, etiamsi in talibus maioratibus præferantur masculi fœminis.

22 Sed † consuetudo Hispaniæ in maioratibus seruanda est, vt optime probat Couat. lib. 3. var. resol. cap. 5. in princip. & per totum. Vbi num. 5. in vers. rursus septimo inquit plures Doct. allegans, quòd fœmina proximior ei, qui vltimò maioratum obtinuit, præferenda est masculo remotiori, & qui eiusdem lineæ particeps non est, simul & gradus: & quòd apud nos (scilicet Hispanos) hæc opinio est moribus & consuetudine recepta. Et quòd in hoc maioratu, de quo agimus potissimum sit obseruanda consuetudo Hispaniæ probatur ex verbis illis maioratus, ibi, *Gozedes de ellos vos el dicho mi hijo, e vuestros descendientes por la via, e manera susodicha, e los ayades con los priuilegios*

e liber.

*e libertades que han e deuen auer los bienes de mayo-
razgo segun derecho e fuero y vso y costumbre de los
reynos de Castilla*, Nam fœminis descendentibus
a testatrice, deficientibus masculis eiusdem gra-
dus, & lineæ prælatis ab ipsa eisdem fœminis ma-
gnum est hoc priuileginm, & libertas secundum
consuerudinem Hispaniæ, vt præferantur ipsæ fœ
minæ alijs masculis alterius lineæ.

23 Octauò,† pro eadem parte adduco. Nam quo-
tiescunque in aliqua parte seu clausula primoge-
nij vocantur fœminæ, etiam si plures in eo primo-
genio masculi vocati fuerint, in eo non censetur
habita agnationis ratio, sed solum prælatio ma-
sculis tributa: ita vt in eorum defectu fęminæ eius-
dem gradus succedant, quod dixit Bal. consi. 473.
lib. 5. Vbi inquit, tunc censeri agnationem conser
uatam, quādo fęmina semper excluditur & nullo
casu admittitur, & quòd tunc, quicunq; agnatus
quantumcunque remotus fęminam propinquio-
rem excludet. Idem etiam notat Alex. cons. 115.
num. 10. lib. 2. Vbi inquit, non censeri habitam ra
tionem agnationis, vbi fœmina in aliqua parte di-
spositionis vocata inuenitur: & sequuntur pluri-
mi, & eos referens D. Molina de Hispan. primog.
24 lib. 3. cap. 5. nu. 25. & 29. & 50. Sed † quoties ma-
ioratus institutor generice, & absolutè fœminas
propter masculos à maioratus successione exclu-
sit, nec se illas propter masculos remotiores exclu
dere velle adiecit, ea exclusio propter masculos
eiusdem lineæ & gradus, non autem propter re-
motiores intelligenda est, ita, vt masculo eiusdem
gradus, & lineæ deficiente, fœmina in eius defe-
ctum ad huiusmodi maioratus successionem ad-
mittenda sit, ac si nihil peculiare circa hoc, à ma-
ioratus institutore dispositū fuisset, vt tenet Bald.
consi. 275. versi. item non est, volumine 2. Paulus
Castrens. qui singulariter & in proprijs terminis
loquitur consi. 47. nu. 1. & 2. libro 1. Quod etiam
plurimi sequuntur, congerit D. Molina vbi sup.
num. 70. qui idem sequitur, nisi aliud constet ex
vocationibus seu coniecturis, vel ratione agna-
tionis conseruandæ expressa, vel subintellecta.
Quòd minime constat in nostro casu, cum expres-
se vocauerit testatrix fęminas iuxta modò proxi-
mè dicta in hoc eodem fundamento. Sed & ean-
dem sententiam optimis prætereà comprobat fun
damentis, & pręcipuè legibus Regijs alios sequa-
ces allegans latissime id agens Pelaez in eodem
tractatu de maior. 2. parte quæstione 6. num. 24.
& sequentibus: Sed in proposito expresse sunt vo
catæ fęminæ in defectum masculorum, nec est ex-
pressum nec tacite subintellectum, vt masculi
remotiores excludant fœminas propinquiores,
imò contrarium constat ex clausula pro hac secun
da parte supra adducta. Igitur manifestissima
est iustitia filiæ maioris præsentis possessoris ma-
ioratus aduersus patruum suum magnum. Per
quę omnia hęc secunda pars tanquam receptiori-
bus, & verioribus sententijs fulcita amplectenda
meo iudicio est.

25 Restat, † vt respondeamus fundamentis con-
trariæ partis. Et primò respon. cap. 1. de eo, qui si-
bi & hæred. suis, &c. quòd procedit quando ma-
sculus, & fœmina sunt in eodem gradu, vt constat
ex ipsomet text. Nos verò agimus quando fœmi-
na est in proximiori gradu, quam masculus: quo
casu limitatur decisio text. in d. cap. 1. ex Bal. Cur.
iun. & Tiraquell. quos suprà retuli. Nec obstat,
quòd ratio illius text. sit generalis, &c. quia in no
stra materia non habet vllo modo locum exten-
sio *De vna persona*, & gradu, ad alium, vt supra est
dictum, & infra latius dicetur in responsione ad
secundum fundamentum.

Secundo fundamento prioris partis satisfacio:
contrarium imò quod filia testatoris excludat ne-
ptem ex filio tenere eundem Decium sibi contra-
rium dict. consi. 370. per totum. Nec obstat, quòd
ex clausula expressa huius maioratus prafertur
filia testatricis neptibus & proneptibus testatri-
26 cis: quia respondeo† tantum præferri a testatrice
prædictis neptibus, & proneptibus fratres mascu-
los ipsarū: eisq; deficientibus filiam primi vocati.
Vnde prælatio prædicta ad alias personas in clau-
sula non expressas extendenda minime est. Quo
fit, vt præd. patruus minimè pręferatur filiab. vlti-
mi possessoris maioratus: quia extante statuto, ꝙ
filiæ fęminæ non succedant extantib. masculis etiā
si statutum faueat lineæ masculinæ, in tali statuto
exclusiuo fęminarum non fit extensio de vna per-
sona ad aliā, sed exclusio restringitur in personis
expressis. Itaq; nunquā quis excluditur nisi à per-
sonis specificatis in ipso statuto. Ita tenet Bal. in
27 l. sed & milites in princ. ff. de excus. tut. Vbi † in-
fert, ꝙ licet filius excludat sororem, nepos ex filio
nō excludit amitam: item etiam, quòd etsi statutū
excludat matrem existente patruo, non habet lo-
cum statutum in patruo magno. Etiam si in præd.
casibus militet ratio agnationis conseruandæ, ni-
hilominus tamen cessare debet, quia in illis casib.
non loquitur statutum, vt tenent Bal. & alij & eos
referens late probat & sequitur Decius cons. 451.
nu. 6. & sequent. præcipue nu. 9. & 10. & latissimè
idem Decius cons. 553. nu. 4. & sequen. & iterum
cons. 625. num. 1. 2. & 3. idem Decius consil. 688.
num. 2. & sequent. & 569. num. 2. quibus in locis
plura infert ex modò proximè relata doctrina quę
plurimum conducunt in proposito. Eandē etiam
illationem Bald. de statuto excludente matrem
propter patruum, vt non excludat eam extante
patruo magno tenet etiam Alexan. cons. 97. num.
7. libro 2. vbi numeris sequent. alia adducit quæ
faciunt in fauorem huius responsionis ad prædi-
ctum secundum fundamentum prioris partis.
Et latissime supra dicta plurimos referens & alia
in fauorem adducit Doct. Molin. dicto libro 3. de
Hispan. primogen. capit. 50. num. 10. & sequenti-
bus, Vbi testatur communem esse doctrinam,
quam ex Bald. in dicta l. sed & milites supra retu-
limus, refertque plures idem tenentes: idem late
probat Pelaez, vbi supra, d. 2. parte 6. quęst. num.
102. & sequentibus. A fortiori igitur in nostro
casu filia maior vltimi possessoris præferri debet

patruo magno: quia testatrix tantum prætulit nepotibus, & pronepotibus ex filijs masculis, filios masculos eiusdem gradus non verò alios vlteriores, vel remotiores, imò eos expressè exclusit. Et licet prætulisset etiam patruum neptibus, adhuc non haberet locum eius dispositio in patruo magno, de quo nos agimus, cum sit odiosa, correctoria, & contra ius commune per supradicta, quibus optime satis fit secundo fundamento contrariæ partis.

Ad tertium fundamentum respondeo, quòd cum patruus magnus in proposito, non sit descendens ab vltimo possessore huius maioratus, sed collateralis, meritò, quòd non præferatur fœminis descendentibus à præd. vltimo possessore, deficientibus masculis ab eodem procedentibus: quia d. prima clausula supra adducta, & ponderata pro contraria parte loquitur in filijs secundis masculis descendentibus à possessore maioratus eodemque primo vocato, vt ipsi omnes præferantur fœminis ab eodem descendentibus. At vero quamuis præd. patruus magnus sit descendens à primo vocato, non tamen est ab vltimo possessore in cuius linea incipit maioratus, & quæ prius finiri debet etiam in fœminis antequã fiat trãsitus ab ea ad lineam patris, cuius pater constituit aliam diuersam à linea patris d. vltimi possessoris, vt supra deductum est. Et hoc manifestè comprobatur, quia statim testatrix addidit, *Item que con las condiciones* (scilicet *dichas*) *ayan este mayorazgo los hijos, y descendientes del primero llamado por linea derecha legitima, toda via de linea masculina antes que la femenina, &c.* Nam horum verborum sensus apertus est, scilicet, quòd descendentes à filio primo vocato habeant hunc maioratum cum eisdem cõditionibus linea directa legitima & masculina, potius quã fœminina: nempe ita, vt omnes descendentes masculi à possessore præferantur fœminis filiabus eiusdem, sicut in primis descendentibus primi vocati expressum est in principio d. clausu. Et hoc est quod sonat tota d. clausula: & in hoc sensu concordat eum secunda clausula supra adducta pro hac secunda parte, quę etiam ambę clausulę in litera minime dissonant. Idque manifestius apparet ex coniecturata mente ipsius fundatricis. Nam quemadmodum prospexit filio suo primo vocato, eiusdemque liberis, nepotibus & pronepotibus masculis, vt ipsi omnes præferrentur filiæ fœminæ eiusdem primi vocati, & illis deficientibus hæc admittatur, idem voluisse & disposuisse merito censenda est in cęteris omnibus suis descẽdentibus atque dicti sui filij primum vocati successoribus huius maioratus, vt filij atq; descẽdentes alij masculi possessoris maioratus præferantur filiæ fœminæ ipsius, & illis deficientibus hæc admittatur. Ac per consequens, cum deficiãt in proposito masculi descendentes ab vltimo possessore ipsius filia maior admittẽda est & præferẽda alijs remotioribus quamuis masculis. Et hoc modo intellecta d. clausula tantum abest, vt non solum nõ obsit nobis, sed imò probet plenè hanc nostram sententiam: præcipuè iunctis illis verbis supra relatis. *Item que con las condiciones* (scilicet *dichas*) *ayan este mayorazgo los hijos y descendentes del primero llamado por linea derecha legitima toda via de linea masculina antes que de la feminina, &c.* Nam verba hæc supradictum nostrum sensum, atque coniecturam videntur pullulare: nempe quòd descendentes masculi à possessore præferantur filiabus eiusdem: quòd si hi deficiant, admittatur ipsa filia: sicut in primis, & secundis descendentibus primum vocati dispositum extat. Quam dispositionem extendit testatrix nũc in prædict. verbis ad vlteriores descẽdẽtes filij primum vocati, ne forte intelligeretur, id tantam voluisse in liberis, nepotibus & pronepotibus prædict. filij sui primum vocati, quos in initio clausulę tãtum expresserat.

Nec obstabit modo illatio, quam ex supradict. prima clausula fecimus pro tertio fundamento primæ partis, scilicet, quòd iuxta illam clausulam filię fœminę descendentes à primò vocato non admittentur, nisi deficientibus omnibus ipsis descẽdentibus masculis. Itaque filius masculus secundogenitus descendens à primo vocato præfertur fœminis descendentibus ab eodem, & sic patruus neptibus.

28 Quia † respondeo, quòd regulariter descendentes grauati à testatore restituere generale fideicommissum censentur grauati, si sine liberis decesserint, vt in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. & in l. cum auus, ff. de cond. & demonstr. & in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & subst. &c.

29 Quod † procedit siue liberi suscepti a grauato sint masculi siue fœminæ: nam & hæ excludunt substitutum, vt in l. 1. C. de condit. insert. l. si ita quis, ff. de testament. tutel.

30 Quod † in maioratuum successione etiam procedit, scilicet, vt si in eis fœminæ exclusæ non reperiantur ipsæ admittantur, & sic filia vltimi possessoris præfertur masculo transuersali eiusdem, descendenti etiam à maioratus conditore, vt pluribus probat Burgos de Paz in proœmio legum Tauri, nu. 120. Vbi ad hoc allegat pro perspicua d. l. 2. tit. 15. partit. 2. in vers. *Pero si todos estos* & l. 2.

31 titul. 18. partita 4. Et † quamuis hoc minime procedat quando testator in cõditione expressit qualitatem sexus virilis, putà si dixerit, si filius meus decesserit sine masculis, restituat hæreditatem Petro, quoniam hoc casu fœminæ non excludent substitutum. Nam cum masculos expressim testator admiserit (sicut in nostro casu fecit) videtur exclusisse fœminas, argumento l. cum prætor, ff. de iudic. vt in terminis tenet Bart. in d. l. cum auus, num. 4. quem sequuntur ibi doct. & testatur communem & ab ea non esse recedendum in iudicando Socin. num. 76. & sequuntur & testantur communem alij plures, quos congerit D. Anton. de Padilla in d. l. cum acutissimi, nu. 21. & latius D. Molin. de Hispan. primog. lib. 3. c. 5. num. 30. & sequent. Vbi quamuis multa in contrarium considerauerit, postea num. 37. inquit, Sed quamuis hæc omnia probabilia esse videantur nunquam tamen

tamen in forensibus controuersijs admitti solent. Imò eo ipso quod maioratus institutor masculos ad primogenij successionem inuitauerit censetur fœminas propter masculos remotiores excludere voluisse. Sequitur etiam plures referens D. Burg. de Paz, vbi supra, nu.123.& sequentibus. Vbi dicit, quòd si tantum masculi descendentes ad maioratuum successionem substituantur, tunc masculi & remotiori gradu extantes, fœminas vltimo possessori proximiores à successione excludent, etiam possessoris filias.

32 Hæc † tamen communis conclusio Bartoli limitatur, vt solum procedat, quando testator ipse curabat agnationem suam conseruare. Túc enim per verba illa, si sine filijs masculis decesserit, videtur fœminas exclusisse. Ita limitat Philippus Corneus in l. 1.col. penultim. C. de condi. insert. quem refert & sequitur D. Ant. vbi supra, nu.22.

33 Addens † tunc videri testatori curæ fuisse agnationem suam conseruare cùm fęminas prorsus exclusit ab huiusmodi fideicommisso: nam in illis agnatio non conseruatur, vt in l. post consanguineos, §. fina. C. de suis & legit. hæred. l. fina. C. de verborum significat. §. primo, in fine, instit. de patr. potest. Quod vltimum tenent alij plures, quos supra retulimus. Et ita Burgos de Paz, vbi supra, proxime sequutus communem Bart. & aliorum, supradictam sententiam expressè loquitur, quando masculi tantum sunt substituti ad successionem maioratus, non verò quando aliqua parte dispositionis sunt vocatæ fęminæ, vel quando ex maioratus serie, & eius verbis ità disponentem sensisse perspicuum est, scilicet, fęminam excludi per masculum remotiorem. Cum igitur in proposito nostro non sint prorsus fęminę exclusæ, imò in defectum masculorum sint vocatæ ad successionem huius maioratus, consequens est, vt testatrix nostra maximè cum fuerit fęmina non habuerit rationem nec curam conseruandæ agnationis in præsenti maioratu, vt supra quoque probatum existit Et sic etiam si vocauerit filium maiorem, nepotem & alios descendentes masculos ex filio suo primum vocato, & in eorum defectum substituerit filium, 2. genitum & alios, non videtur exclusisse filias fęminas descendentes à filio maiore

34 succedére in maioratu, iuxta supradicta. Quę † procedunt etiam si substituti sint de testatoris descendentibus, vt probat text. expressus in d. l. cum auus & ibi notant Cuman. Paul. & Soc. in num. 39.& præterea tenet Bald. in d. l. cum acutissimi, nu.5. Salice. 2. Paul. de Castr. 5.& resoluit esse communem ibi D. Ant. ibi num. 3. allegans pro ea, l. 10. tit. 4. pat. 6. quę in duobus fratribus à testatore parente grauatis, expressim loquitur.

Quòd si iterum replices D. Mol. vbi sup. nu.37. sentire, supra, dictam sententiam Bar. procedere etiam si in alia parte institutor maioratus de fęminis meminerit: quia tunc licèt vocatio masculorú non sit sufficiens ad exclusionem fęminarum vltra casus, scilicet, ab ipso expressos, erit tamen satis, vt masculi remotiores eisdem præferantur. Et præterea adijcias Philip. Corneum in d. l. 1. col. penult. num. 2. C. de condit. insert. à D. Antonio de Padilla allegatum pro dictæ Bart. sententiæ limitatione, loqui, quando testator instituit filiam, & descendentes masculos ab ea, & substituit extraneum. Quia cum tunc non possit considerari fauor agnationis cóseruandæ meritò, quod masculi non solum, sed etiam fęmina ex prædict. filia instituta excludant substitutum. Et in nostro casu fęmina nec descendentes masculi ab ea sunt primum vocati, sed filij masculi & descendentes masculi ab eis, nec est substitutus extraneus, sed alij masculi descendentes à prædict. filio primum vocato, & ipsius filio secundogenito. Et sic videtur directo nobis obstare d. sententia Bart. Communiter recepta, & remanere insolutã d. primam illationem quam adduximus pro tertio fundamento prioris partis.

Respondeo, quod etsi superiora modo proximè relata pro dicta tertia illatione essent alicuius momenti (quod diffiteor) quia videtur sufficere fuisse vocatas fęminas in quacunque parte dispositionis, vt non censeatur habita cura agnationis conseruandæ, quæ tantum censetur habita quando fęminæ prorsus sunt exclusæ, vt supra satis superque probatum est ex eodem D. Mol. & alijs, ac per consequens masculus remotior non præferatur fœminæ proximiori, vt supra, quoque ostensum fuit, maximè quod D. Molin. d. num. 37. non firmat contrarium expresse, sed tacite videtur illud sentire; adhuc tamen nobis in nostro proposito, & casu nihil obessent. Quoniam expresse vocata est filia vltimi possessoris maioratus, deficientibus filijs, aut alijs descendentibus masculis eiusdem, vt constat apertissimè ex omnibus clausulis huius maioratus iam supra relatis atque explanatis, maximè junctis verbis, *Con las condiciones.* &c. Et ita cessat omnino prædicta difficultas quandoquidem filia in proposito habet expressam vocationem, ex voluntate testatoris, quæ est regula in proposito, & omnino seruanda. Ad quartum fundamentum respond. quod Paulus de Castr. dicto cons. 300. ipsiusque sequaces loquuntur expresse quando in emphyteusi, de qua agitur, adest conuentio, quòd generatio masculina præferatur fœmininæ, fœmina verò licèt sit ex masculo non est generatio masculina, vt patet. At verò in proposito non adest talis clausula, sed illa, *Toda via de la linea masculina antes que de la feminina.* Quo casu cum filiæ d. vltimi possessoris sint & descendant ex linea masculina maiori, & deficiãt masculi ex ea, manifestissimè sequitur, quod ipsę pręferri debeant patruo magno. Quia † vbicunque ad ali-

35 quam successionem vocantur filij, qui per lineam masculinam descẽdunt fęmina quę a masculo descendit in hac successioone comprehensa censenda erit. iuxta glos. in l. Gallus, §. nunc de lege Velleia. verb. nam etsi, in fine, ff. de liber. & posth. quã esse communẽ pluribus allegatis testatur D. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. capit. 6. numero 37. Pro quo Pelaez dict. 6. quæst. num. 55. & sequent. alle-

allegat text. expressum in §. cæterum, ad fin. instit. de legitim. agna. succes. ibi, per virilem sexum descendentes siue masculi siue fœminæ sint. & in l. lege duodecim tabularum, §. huiusmodi, C. de legitim. hæred. Et quamuis D. Molin. vbi supra numero 38. & idem secunda parte lib. 3. capit. 5. numero 69 existimet id procedere minimè posse in Hispanorum maioratuum successione, vbi in defectum descendentium ex virili sexu vocantur alij descendentes: quia tunc sicut descendentes ex fœmina excluduntur, ita & ipsa fœmina excludi debet, secundum Carol. Ruin. & Curt. Iun. quos refert: hoc tñ cessat in proposito, attêta prima clausula huius maioratus supra relata in primo fundamento huius secundæ partis: qua expresse vocatur filia maior vltimi possessoris, deficientibus masculis ex eo.

Restat respondere ad dicta Gregorij Lopez quę videntur expresse pro contraria parte. Cui satis fit in hunc modum, scilicèt, quod ipse se fundat in decisione quæstionis, quam Ioan. Andreas per eũ ibi relatus in Rubrica, de testamentis, & in Rubri, de succes. ab intest. super Specula. refert, ex Vberto de Bobio, & Iacob. de Arer. in quæstione illa statuti, vel consuetudinis, quod filiæ fœminæ non succedant cum fratribus, sed ab eis competenter dotentur. Et succeſsit, quod decessit quidam relictis filio & filia, rursus filius ille decessit relicta filia, deciduut in hac quæst. Vbertus & Iacobus neptê ex filio non excludere amitam, sed quod ambo æqualiter succedant ano. Et sic videbatur dicendum in proposito, quod neptis ex filio minimè præferatur. Nam respondeo, quod præter dissimilitudinem huius quæstionis à nostra, adhuc tamen in illa Hugo. de la Fontana, quem refert & sequitur Ioan. And. vbi supra tenet contrarium, quando decessit filius, iam mortuo patre. Quia tunc neptis ex filio præfertur, quia pater ius in sua persona acquisitum transmittit ad hæredem etiam fœminam, vt l. cum antiquioribus cum simil. b. C. de iur. deliber, & sufficit semel fuisse ius quæsitum, vt in l. videamus, ff. quod met. caus. Quod secus esse dicit, si filius decessisset viuo patre. Sed in nostro casu auus paternus neptis decessit in vita filij sui: admitti igitur debet, & præferri neptis ex filio ex iure patris semel acquisito, & in filiam maiorem transmittendo. Quò fit, vt decisio hæc non solum non faciat pro opinione Gregorij, sed imo illi sit contraria, & in nostrum fauorem. Præterea Cynus & Salic. relati ab ipso Grego, in l. 1. C. de adulr. tenent & sequuntur eandem opinionem Hugol. contra Vbert. de Bobio, & Iacob. de Are. Cynusque refert ipsum Hugol. dicentem, sic iam de facto obtinuisse. Nec etiam obest quod Decius, relatus per Greg. vbi supra dicat esse communem opinionem. Nam Decius, vbi refert, scilicet, consi. 372. num. 4. loquitur in casu, & decisione Gregorij Lop. nec ipsam dicit communem, sed eius rationem, nempe quod ratio statuti excludentis fœminas propter masculos est fauore agnationis conseruandæ. Quæ ratio licèt communis sit, minime tamen obest huic secundæ nostræ opinioni: quia nihilominus procedit hæc nostra sententia per omnia supra dict. Vbi respondetur sup. dictæ rationi, scilicet, vt procedat in eadem linea & gradu tam ex iuris dispositione, quam mente disponentis, & consuetudine Hispaniæ: secus in diuersis. Itaque opinio Grego. quamuis videatur expressa pro patruo magno prędicto est singularis quia doct. quos refert eam minime tangunt sed aliud. Et tamen secunda pars supra dicta contra patruum habet plures receptas, & communes opiniones doctorum pro se: & ideo tenenda contra Gregorium Lop. saluo meliori iudicio,

SVMMARIA.

1 *Ostendens donationem irreuocabilem acceptatam habet intentionẽ suam fundatam titulo habili, & à iure approbato ab translationem dominij.*

2 *Quilibet in dubio præsumitur sanæ mentis, nisi contrarium probetur.*

3 *Quilibet præsumitur esse talis, qualem solet natura producere nisi contrarium probetur.*

4 *Testibus deponentibus de sana mente magis credendum est, quam contrarium affirmantibus, hoc tamen procedit data æqualitate dispositionum, secus si testes de sana mente non concludenter deponant, testes autem contrarij sufficienter deponant nu. 12. 13.*

5 *Mente captus non potest contrahere.*

6 *Donatio dementis non valet.*

7 *Mente captum vel furiosum, quem esse quomodo probetur? Et inter alia, probatur, si pater vel consanguinei illum habebant pro mente capto, vel furioso, vel communiter ab hominibus pro tali reputatur.*

8 *Testi agenti de sua exoneratione, vel ea re, ex qua laus, vel vituperium ipsi sequi potest non est credendum.*

9 *Testibus deponentibus contractum fuisse metu gestũ, magis credendum est, quam de spontanea voluntate deponentibus.*

10 *Notario asserenti testatorem sanæ mentis condidisse testamentum, non est standum.*

11 *Mentecaptus probatur, quòd quis sit, ex datione curatoris sibi facta tanquam mente capto: idemque est in furioso.*

14 *Tutores, vel alij administratores non possunt contrahere cum suis minoribus, nec hi illis donare bona mobilia, nec immobilia.*

15 *Sed nec id per interpositam personam, veluti consanguineum tutoris vel administratoris fieri potest.*

16 *Donatio facta à pupillo, consanguineo tutoris, veluti filio, vel filiæ neptive non valet.*

17 *Iura loquentia de minoribus extenduntur, & procedunt, etiam in furiosis prodigis & mentecaptis.*

18 *Fraus præsumitur in donatione omnium bonorum, vel quasi.*

19 *Donatio, maximè omnium bonorum, est dilapidatio, non autem diligens administratio.*

20 *Mala administratio sonat potiùs in furorem, quam insanum consilium.*

21 *Beneficium restitutionis transit ad hæredes, & cæteros successores vniuersales,*

CON-

CONSILIVM XIIII.



Decedente quodam Petro ab intestato relicta domo, & alijs bonis, vertitur nunc lis inter sororem, & alteram consanguineam in secundo gradu eiusdem defuncti super ipsa domo & cæteris bonis, asserente sorore, fratrem suum decessisse ab intestato, ac proinde omnia ipsius bona iure legitimo ad se pertinere, non obstante donatione eiusdem domus & aliorum bonorum facta à præd. fratre inter viuos in fauorem alterius consanguineæ ob defectum mentis: altera verò parte contrarium affimãte quoad bona donata. Quæritur quid iuris sit in hac causa?

1 Primò † videtur, contra sororem, & pro donatione iudicandum esse, quia consanguinea ostendens donationem habet intentionem suam fundatam titulo habili, & à iure approbato ad translationem dominij, scilicet, donationis irreuocabilis inter viuos acceptatione donatariæ statim subsequuta, vt in toto tit. C. & ff. de donat. & in tit. 4. partit. 5. maximè cum donans liberos nunquam habuerit.

2 Nec obstat † quod alleget prædict. defunctum fuisse mente captũ, ac proinde donare minime potuisse nec testari, vt infra de iure probabitur, & est verum in se, quoniam in dubio quilibet præsumitur sanæ mentis nisi contrarium probetur. Hanc regulam probat text. in l. 2. C. qui testam. facer. poss. & in l. nec codicillos, C. de codicil. vbi notant Doct. tex. capitalis, in c. fi. in versi. nos cùm illam, de success. ab intesta. vbi gl. ordinaria verb. compotem id notat. Cuius ratio ea est, quia aliquem esse compotem mentis est naturale, sed esse furiosum,
3 accidentale, vnde † quilibet præsumitur esse talis, qualem solet natura producere, nisi contrarium probetur. Ita Bald. in d. l. nec codicillos, refert & sequitur plura adducens in materia Maranta in repet. l. is potest num. 137. & sequentibus, ff. de acquir. hæred.

4 Nec † etiam obest asserere, probatũ esse pluribus testibus præd. defunctum à natiuitate vsque ad mortem fuisse semper mente captum: quia pluribus etiam testibus probatum est contrarium. Vnde magis credendum est testibus deponentibus de sana mente, quia eis patrocinatur præsumptio iuris suprad. quàm contrarium affirmantibus. Et ita in terminis ac si præsentem processum vidisset casum nostrum decidẽs tenet Philippus Corneus cons. 219. volumine 1. per totum, præcipuè lit. 5. Loquitur nempè in donatione facta ab illo, qui mente captus affirmabatur à sua pueritia vsque ad mortem; idquè probatum fuit pluribus testibus, Et alijs pluribus fuit probatum contrarium deponentibus de sana mente donantis: atque rationem ipsius reddentibus. Qua in specie consulit ipse, magis credendum esse testibus deponentibus de sana mente illius, quam ijs, qui deposuerunt de non sana hoc est de insania. Quam etiam opinionem sequitur Decius, Aemilius Ferretus, & Boetius relati per D. Anton. de Padilla in l. sanum mente, nu. 14. C. de transac. probat idem Decius cons. 448. nu. 10. & sequentibus & nu. 35. & plures referens D. Burgos de Paz consi. 6. num. 4. Quibus sic stantibus, non tamen aduocatus aduersæ partis nimis fidat in sua iustitia.

Quia his omnibus nõ obstãtibus pro sorore, & contra donationem iudicandũ esse existimo, prout iudicauit iudex primæ instantiæ cuius sententia confirmanda venit, idque ostenditur ex sequentibus.

Primò: quia satis probatum est octo testibus cõtestibus præd. defunctum & sic donatorem à pueritia sua vsque ad mortem fuisse mente captum, & sine vsu rationis, atque vllo hominis intellectu, vt donationem, aut alium contractum, vel testamentum celebrare sine conficere posset.

5 Mente captus † autem non potest contrahere, vt bene probat Anto. Gomez 2. tom. c. 14. de restit. min. n. 28. & ante eum Ioan. Faber. in §. furiosus institu. de inutilib. stipulat. & ibi Angel. nu. 3. qui legit text. illum in §. mutum eiusdem tit. sequitur Gregor. Lopez in l. 4. tit. 11. gloss. 1. part. 5. Non etiam potest testari mente captus, idem Ant. Gomez in l. 3. Taur. nu. 9. Grego. Lopez in l. 13. in gl. Salido de memoria. tit. 1. partit. 6. Decius cons. 448. nume. 12. Roderic. Suarez latè allegatione 1. per totam.

6 Et in † terminis, quòd donatio dementis non valeat, tenet, & iure probat Petrus Rebuff. 2. tom. ad regias constitut. Gallic. in tractatu de donat. & alijs disposit. tutor. & administrat. factis, reprobat glos. 9. nu. 14. pagina 364. vbi loquitur in demente maiore ætatis 25. annorum, Decius etiam vbi suprà. Quo fit, vt præd. donatio à Petro facta, vel testamentum, si illud confecit, sint nulla, cumque decessisse ab intestato, & sororem præd. esse ipsius legitimam hæredem in omnibus bonis ab intestato, tanquam proximiorem, vt probatum extitit. Non obstat, quòd aliqui ex testibus affirment d. Petrum fuisse fatuum, eoque nomine ipsum appellent, ac proinde posse testari atque donare, vt videtur præsupponere nonnulli ex authoribus supra citatis. Nam respondetur eosdem testes adijcere eum quoque mente captum esse, omnique discretione, & iudicio sani hominis carere ad cõtrahendum requisito.

Idque optime probatur, vt debet iuxta tradita per Alex. consil. 86. nume. 10. lib. 6. Socin. consil. 42. lib. 1. Decius consi. 86. numero 7. idem Decius consil. 448. num. 1 & sequentibus & ex nouioribus Auenda. respons. 35. per totum, Menchac. de suc-
7 cess. creat. §. 13. num. 53. Et inter † alia omnes concludunt, probari, quem esse mente captum, vel furiosum, si probetur, quòd pater vel consanguinei illum habebant pro mente capto, vel furioso, vel communiter ab omnibus pro tali reputatur, quod est probatum in præsenti. Quo fit, vt præd. Petrus minime potuerit testari nec donare vel alium quẽcunque contractum facere, vt authores suprà citati affirmant. Quæ cum ita se habeant, fatuitas nihil prodest

prodest, cum sit simul mente captus: præ maxime
cum in hac secunda instantia probatum existat, cū
fuisse purè mente captum, sine aliquo iudicio, quā
uis errore vocaretur ab aliquibus fatuus.

Nec etiam oberit, si dicatur probatum etiam
esse pluribus testibus præfat. Petrum fuisse sanæ
mentis & intellectus sicut cæteri homines, quia te-
stes sororis affirmantes contrarium sunt plures nu
mero, contestes, concludenterque deponentes,
antiquiores ætate, oriundi ex oppido, vbi natus
fuit mente captus, eumque cognouerunt atque
conuersati cum eo sunt semper. Testes vero con-
trarij, si recte considerentur, non ità concludunt,
nec sunt etiam senes, nec originarij præd. oppidi, sed
aliunde, nec cum eo conuixere; quidamque ex eis
deponunt de solo uisu tempore celebratæ dona-
tionis quos persuadere clarum est notarium sum-
ma ope nixarum, vt iuxta instrumentum donatio-
nis, & in fauorem ipsius notarij deponerent, quan
doquidem & idem met confecit instrumentum, &
8 examinauit præd. testes. Quapropter † sua interest,
vt donatio valida iudicetur: quia agitur de re, ex
qua laus, vel vituperium sibi sequi potest. Et ipse
etiam ageret de sua exoneratione, si deposuisset: &
ideo sibi non crederetur. Eadem ratione, vt tenet
Roderi. Suarez vbi supra, vers. secundò quia testis,
& in terminis Alex. d. consilio 86. num. 16. libro
6. D. Burgos de Paz plures referens, consil. 11. nu-
mero 16. & 17. vbi etiam testatur esse communem
opinionem. Cessabit tamen omnino hæc obiectio
argumento doctrinæ Innocentij, qui in cap. super
hoc nu. 2. de renuntiat. versic. inducunt autem, te-
9 net † magis credendum esse testibus deponen-
tibus contractum fuisse metu gestum, & sic ad-
uersus contractum, quam centum, qui depo-
nant de spontanea voluntate, & sic in fauorem cō-
tractus. Quam doctrinā plurimis doctoribus, qui
eam sequuntur allegatis testatur communem D.
Antonius de Padilla in l. interpositas, nu. 34. C. de
transact. Vbi ait, quòd quando constat metum in
contractu interuenisse, rescindendus ille est, etiāsi
in eo sint verba illa, non dolo, non metu. Nā hoc
casu etiam clausula illa censetur metu extorta, si-
cut contractus ipse principalis, vt ibi probat. Facit
prætereà quod tradunt Dynus, Iacobus de Bello-
uisu, & alij Doct. in l. 2. ff. de testa. Nempe non es-
se standum notario affirmanti testatorē sanæ men
tis cōdidisse testamentum. Estque communis opi-
nio secundum eundem D. Anton. in l. sanum men
te nu 13. C. de transact. idem testatur plures refe-
10 rens Burgos de Paz cōs. 11. nu. 17. Nam † sanitas
mentis non potest à notario percipi aliquo sensu
corporeo, quare illi credendum non est sicut testi
non creditur, nō assignanti rationē dicti sui in his,
quæ sensu corporeo percipi non possunt, sic in l.
solam cum glos. C. de testibus. Qua ratione eandē
opinionē in terminis nostris mēte capti, vel furio-
si deducit ex doctrina Innoc. supra dicta Roder.
Suarez vbi supra d. allegatione 1. affirmans plus
esse credendum testibus deponentibus de aliena-
tione mentis, & insania, quam affirmantibus sanā
mentem alicuius, vt ibi ratione probat. Idque præ
maximè verum efficitur in nostro casu: quoniam
proptèr non sanam mentem fuit datus curator à
iudice d. Petro, quamuis maiori 25. annis, qui cu-
rator in alio iudicio confessus fuit, eum minime
aptum esse ad seruiendum, nec ad quærendum ali
menta, vt ex processu constat.

11 Et ex † datione curatoris, tanquam mente cap-
to, vel furioso alicui facta probatur, quod quis sit
mēte captus, vel furiosus, vt cum Salic. & Corneo
tenet Decius d. consilio 448. nu. 34. vbi se alio lo-
ci refert, scilicèt, cons. 186. Idem consil. 86. n. 7. vbi
hoc præcipuè procedere dicit si mente captus læda
tur enormiter in contractu, quem celebrat.

Quibus omnibus non obstabit opinio suprà ad-
ducta Cornei, & aliorum loquentium in proprijs
terminis donationis factæ ab illo, qui pluribus te-
stibus probatur fuisse mente captus, & alijs plu-
ribus probatur fuisse sanæ mentis. Nam conclu-
dunt ipsi magis credendum esse his in fauorem do
nationis, quam illis cōtra, quod profecto est, quod
magis vrget in proposito pro contraria parte. Nō
12 obstat † inquam hæc opinio doctorum quia in
casu suo testes deponentes de sana mente plures,
& concludentes rationes assignarunt, vt ex ipso
Corneo cōstat, at in proposito, id minime faciunt,
& oēs testes deponentes eum fuisse mente captū,
id recte ostendūt, & fuit eis magis notus defectus,
vlterioreq; tpe eum tractauere. Prætereà D. Ant.
vbi suprà huius rei disquisitionem religioni iudi-
cantis committit, qui perpensa negotij, testium-
que qualitate, quid statuendum sit arbitrabitur.
Et in proposito Decius vbi suprà, d. cons. 448. nu.
59. adducit omnes probationes arbitrarias esse.
Sed in proposito nostro pēpēsa negotij, testium-
que qualitate vtriusque partis iudex magis in-
clinare debet, vt existimet præd. defunctum mente
captum fuisse, quam sanæ mentis. Tum, quia cum
haberet sororem ex eodem patre natam pauperri-
mam, vt est probatum in processu, imò se ipsum in
maxima pauperie constituerit præd. donatione à
se facta; ita vt ostiatim eleemosynā petere coactus
fuerit, donare, quasi omnia bona sua cōsanguineæ
remotiori, non ità pauperi, sibi congrua sustenta-
tione minimè relicta, manifestæ dementiæ & cap-
tionis mentis fuit, vt probatum quoque existit in
processu. Tum etiam, quia testes sororis defuncti
antiquiores multò sunt, conciues, & coopidani
dicti defuncti, & eū magis notum habebant, quàm
testes contrariæ partis. imo vrgentius probant eū
mente captum fuisse, quam cæteri contrarium, vt
13 constat ex eorū dictis. Respondeo † præterea opi-
nionem Cornei, & sequacium suprà adductam,
procedere & loqui quando inter testes vtriusque
partis æqualitas datur, alias secus. Quia si testes
de non sana mente deponentes verisimiliora po-
nant, & melioribus rationibus id concludant, vt
contingit in proposito, præferuntur deponenti-
bus de sana mente. Ita in terminis cum alijs, quos
refert, recenset D. Burgos de Paz consilio 11. nu-
mero 18. vbi nu. 59. quod testes de sana mente de-

ponentes

ponentes debent concludentem etiam non interrogati rationem assignare, præmaximè in nostro casu, in quo testes de non sana mente sunt plures numero, quam deponentes contrarium, qui sunt pauciores: sicque nihil nobis obest suprà dicta opinio Cornei in præsenti casu. Quò fit, vt necessariò domini iudices plus credere debeãt testibus sororis defuncti, quam contrariæ partis: quandoquidem ipsi magis scire possunt, quanta fides sit testibus adhibenda, vt in l. 3. §. 1. ff. de testib. Maximè quia iustitia sororis non solum hoc nititur fundamento, sed alijs simul iuris decisionibus, atque rationibus, vt ex infra dicẽdis apparebit. Vnde omnia simul iuncta rem manifestam faciunt in fauorem sororis. Et quamuis Corneus, & Decius vbi suprà & Cardinal. ab eo relatus consil. 56. concludant pro donatione, aduersus tamen eam resoluit Alex. in duobus locis citatis à Decio vbi suprà, etiã eo casu, quo testes instrumentarij deponebant in fauorem donationis: in casu autem Socin. vbi suprà non erat bene probata dementia. Sicque remanet satisfactum suprà dictis doctoribus tenẽtibus contrarium.

Secundò & principaliter in fauorem sororis facit. Nam optimè probatum est, patrem aduersæ partis tempore præd. donationis, & multis retro annis, item & post fuisse curatorem authoritate iudicis prouisum D. Petro mente capto & talis vt curator ipsius regit & administrauit bona ip-

14 sius. Sed sic est, quòd † tutores non solum non possunt contrahere cum suis minoribus, nec hi illis donare bona mobilia, nec immobilia, vt iure probat Petrus Dueñas in regula 31. incipit administratores, seu officiales in secũda cõclusione cum suis ampliationibus. Quod procedit etiam in quolibet administratore, & gubernatore, vt probat Petrus Rebuff. vbi supra gloss. 9. in principio, num. 1. & 2.

15 Sed etiam † habet locum in persona consanguinei ipsius tutoris siue curatoris, quia nec ipsius consanguineo minores donare possunt: nam alias fieret fraus de persona ad personam vt in l. pupillus, §. sed & si per interpositam, ff. de autho. tutor. Vbi inquit text. Sed & si per interpositam personam rem pupilli emerit, in causa est, vt emptio nullius momenti sit, quia non bona fide videtur rem egisse. Quod intelligit ibi Bart. num. 3. quando interposita persona est subiecta iuri illius tutoris, vel curatoris. Verum expressius hanc opinionem probat tex. ille in fine dicens, Si filius tutoris, vel quæ alia persona iuri eius subiecta emerit idem erit, atque si ipse emisset. Notatur etiam per Doct. in l. fraus, ff. de legibus, tenet Petrus Dueñas vbi supra, in 5. ampliatione secundę Regulę.

16 Et in † terminis nostris per prædicta, ità expresse determinat Petrus Rebuffus, vbi supra, gl. 9. in fine pagina 161. dicens, quod si donaretur consanguineo tutoris filio forte, aut filię vel nepti tutoris à pupillo, non valeret donatio. Sed præfata donataria est filia curatoris subiecta eius iuri: igitur præd. donatio est nullius momenti, etiã si præd. defunctus mente captus minime fuisset, propter hanc solam rationem, quod facta fuerit filiæ curatoris ipsius, quod est prohibitum. A fortiori igitur non valebit concurrente præd. mentis defectu. Nec obstat si dicatur hoc procedere, & loqui in donationibus factis à minoribus suis tutoribus, vel curatoribus. At vero nos agimus in donatione facta à maiore habente curatorem filiæ ipsius curatoris, quo casu diuersa ratio videtur, ac per consequens diuersa debet esse iuris dispositio. Nam respondeo, quòd præfati Doct. loquuntur in contractu vel donatione, facta cuicũque administratori, vt supra visum est.

17 Item in † terminis hoc ipsum tenet Rebuff. vbi supra, d. glos. 9. nu. 14. in fine, dicens idem esse in alijs, qui curatorum ope iuuantur, vt in l. Fulcinius, §. Planè, ff. quibus ex cauf. in pọssess. eatur. Quæ opinio optime probatur per text. in l. 2. C. de curat. furios. vel prod. dand. Vbi probatur, quòd iura loquentia de minoribus extenduntur, & procedunt etiam in furiosis, prodigis, & mente captis, & ibi notant illum text. ad hoc Bal. & cæteri Doctor. præcipue glos. famosa verb. ad agnatos, quæ idẽ probat in pscriptione & alijs beneficijs, quæ minoribus dantur, vt in l. fin. C. in quib. cau. restitutio in integr. non est necess. sequitur Alexand. in l. imperatores: num. 4. ff. de re iudica. dicit communem idem Alexand. in l. si curatorem habens, num. 4. C. de in integ. restitur. minorum, & ad hoc illam glosam dicit ordinariam Paulus de Cast. in l. tutor pupilli, §. prodigus, ff. de iureiur. & ibi Ias. num. 1. qui alios refert: dicit vnicam plures allegans & eam sequutus Anton. Gom. C. de restitut. minor. num. 30. Ita etiam bona curatoris furiosi, vel prodigi sunt tacitè hypothecata pro reddenda ratione curæ, vt tradit argumento d. glof. Gregor. Lopez in l. 23. tit. 13. part. 5. glof. mag. vers. sed quid de bonis, &c. Non obstat etiã, quod aliqui testes aduersæ partis voluerunt significare, dictum defunctum spontanea voluntate & vltro instase apud præd. suũ curatorẽ, vt vellet recipere dictam donationem. Quia præterquã quòd contrarium indicãt testes sororis, potuit ante curator, imò premitur, præd. defunctum solicitasse, & induxisse, vt filiæ propriæ, scilicet curatoris, donaret fraudulenter. Et sic interposita persona filiæ existimans hoc modo licere donare, eum sibi directò donare non liceret: ius tamen vtrumque prohibet.

Tertiò, & vltimo in fauorem eiusdem sororis, facit, quia ipse defunctus grauiter læsus fuit donando, vt optime probatum est in processu in prima instantia.

18 Præcipue, † quia fuit donatio omnium bonorũ vel quasi, quo casu præsumitur fraus argumento text. in l. omnes, §. Lucius, ff. quæ in fraud. credit. Alex. conf. 55. nu. 5. lib. 3.

19 Item † donatio maximè omnium bonorum est dilapidatio, non autem diligens administratio, l. fin. ff. de curat. furiof. l. filius, ff. de donat. Alexan. conf. 86. num. 15. lib. 6. quia donare est perdere, l. contra

contra iuris,§.fin.ff.de pact.

10 Mala † autem administratio sonat potius in furorem,quam in sanum consilium,l.is,qui,in fine,ff.de tutor.& curat. dat ab his Alex. vbi supra. Maxime cum iste donans haberet sororem pauperrimam,donare extraneæ species dementiæ est, Qua l esi ne ste data, quemadmodum ipse posset auxilio restitutionis in integrum vti aduersus d. donationem propter hanc læsionem iuxta l.secundam cum sua glossa ibidem communiter approbata,C.de curat.furiosf.vel prodig.supra allegata ita & ipsius hæres,quæ est soror præd.

11 Quia beneficium † restitutionis transit ad hæredes, & cæteros successores vniuersales, text. est expressus in l. non solum, ff. de restit.in integr.& ibi glo. 1. alia plura iura ad idem allegat, scilicet, l.minor,§.fi.& l.seq.ff.de minorib.& l.4.§.pen.C. de tēporibus in integr.restit. petend.& alia tradit ben. Ant.Gomez de restitut. minorum num.6.in principio,approbatur hodie in l.8.in fi.tit. fi.pag. 6.declarat bene Matth. de Affli.decis.Neap.211. dicēs fuisse votatū in consilio Neapolitano, prout dicit Bart.in l.interdū,ff.de minoribus. Quòd si causa restitutionis in integrū nō est principaliter fauore psonæ minoris, sed causa restitutionis est deceptio, & læsio,transit talis restitutio ad hæredem maiorem. Et ideo beneficium,quod competebat minori ratione læsionis competit eius hæredi licet maiori. Et quòd ità fuit concessum hæredi maiori, non quidem ratione personæ minoris,sed ratione, quia minor fuit læsus. Ergo cum in præsenti iste defunctus fuerit læsus in præd.donatione, vt est bene probatum, & pro parte ipsius hæredis etiam minoris sit petita in integrū restitutio, consequens est,vt ei concedenda sit,ipsique quoque prosit.

SVMMARIA.

1 *Concessio bonorum ecclesiæ in emphyteusim perpetuam est prohibita à iure.*

2 *Hoc fallit, si res sit solita ab antiquo in emphyteusim concedi, vel infeudari, & simul constet de euidenti ecclesiæ vtilitate.*

3 *Debet etiam tunc seruari solennitas consueta.*

4 *Consuetudo disponens circa infeudationem rei consuetæ infeudari, vt prælatus solus possit eam facere in bonis,in quibus ipse habet administrationem diuisam a cap. valet.*

5 *Episcopus res ad suam mensam pertinentes vel res cathedralis ecclesiæ alienare non potest sine consensu capituli,nisi res sit parua, & necessitas magna.*

6 *Episcopus non potest vnionem facere, sine consensu capituli.*

7 *Prælatus non potest vnire ecclesiam suæ mensæ, vel capituli de consensu capituli, quia non potest authorari in casu suo proprio.*

8 *Ius canonicum,ita prohibet alienationem rei paruæ bonorum ecclesiasticorum,sicut magnæ.*

9 *Deponitur alienans prædium ecclesiæ,etiā exiguum.*

10 *c.terrulas.12.q.2.intellectus.*

11 *Error iuris quamuis non sufficiat ad vsucapionem,sufficit tamen ad acquisitionem fructuum. Sed hoc intelligitur de errore iuris actu non assistentis nec interdicentis.nu.191.*

12 *Emptor contra iuris prohibitionem est in mala fide.*

13 *Error iuris prohibitorij, seu interdictorij inducit malam fidem, sicque impedit fructuum acquisitionem.*

14 *Emens bona ecclesiæ non seruatis debitis solennitatibus tenetur quoque a fructuum, præter rei ipsius indebite alienatæ restitutionem.*

15 *Emptor si iusta ratione motus putasset interuenire solennitatem quæ reuera non interuenit; excusatur à fructuum restitutione.*

16 *Vir prudens, & sagax valde hoc casu teneretur ad restitutionem fructuum.*

17 *Causa alienationis, vbi fuit legitima, & non fuit seruata forma emptor in foro conscientiæ non tenetur ad fructuum restitutionem.*

18 *Nullam esse differentiam inter alienationem rerum minorem & ecclesiarum sine solennitate debita respectu acquisitionis fructuum, sed vtroque casu eos esse restituendos.*

CONSILIVM XV.



IN causa illustrissimi Episcopi Placent. cum defensione bonorum magnifici quondam Laurentij super renocatione, & annullatione alienationis, vt prætenditur factæ eidem de quodam prædio dicto Castaneto mensæ episcopalis pro annuo redditu perpetuo modico atque vili,liquet ex meritis causæ minimè cum consensu capituli dictæ ecclesiæ, prout à iure requiritur concessionem ipsam processisse in distractione rei ecclesiasticæ requisito iuxta tex.in c.1.de his,quæ fiunt à prælat.sine consen.cap.& in c.fine exceptione,12.q.2.Sicq; nobis videtur præfatam alienationem fuisse nullam pro pter non obseruatas solennitates iuris: quoniam

1 ita † à iure prohibita est cōcessio in emphyteusim perpetuam bonorum ecclesiæ, sicut alia quælibet alienatio. eum hęc idem sit vt in ca. nulli.de rebus eccles.non alien. Et præterea in terminis prohibetur per extrauagantem Ambitiosę de rebus eccles. non alien.Nam tempore præfatæ concessionis prædium hoc minime erat solitum in emphyteusim concedi,sed dignitas episcopalis id habebat,atque singulis annis locabat, vt constat ex processu, nec

2 est probatum contrarium. Quo † extante iuxta d. extrauagantem nulla bona ecclesiastica possunt concedi per contractum emphyteuticum vel infeudari,nisi solita sint ab antiquo in emphyteusim concedi,vel infeudari. Item debet constare de euidenti vtilitate ecclesiæ, vt valeat concessio, & aliter factum est nullum & contrafaciens incurrit pœnas præd. Paulinæ,nisi alienatio fiat cum licentia Summi Pontificis, etiam non seruatis solennitatibus iuris, vt bene resoluit Petrus Nunnez Auend.lib.1.de exequend.mādat.reg.c.4.n.38. Quę licentia Summi Pontificis erat in nostro casu necessaria, quando quidem alienatio facta non fuit

in

in casu à iure permisso secundum Auend.vbi sup. nu. 39.ad fi. & cum defecerit fuit nulla. Et quamuis iure communi attento episcopus possit infeudare bona ecclesiæ, id tameo verum est de bonis solitis infeudari ab antiquo vt in c. fi. de feud.etiã absque solennitate.d.c.sine exceptione.12.q.2.secundum Feli. in c. cum causam.n.15.de sententia & re iud.

3 Debet † tameo seruari solennitas consueta. Hic est cõmunis intellectus. d. c.fi.secũdum Couar.li. 2. var. resol.c.17.o.4. Addit aliud d.extraua.scilicet, euideotem vtilitatem:id quod aduertit Auen. vbi supra nu. 37. vers. tertium,& vers.sequent. Et quamuis ad præd.alienationem faciendam præcessit aliqua causæ cognitio vtilitatis, ea tamen vtilitas minime euidens fuit, nec prędium erat cõsuetum infeudari nec coocedi in emphyteusim, sicq; pręd. alienationem cõprehendit d. extrauagãs ambitiosę in sui prohibitiooe,& annullatione.

4 Quo fit, † vt iure optimo existimauerit Felin. vbi supra nu. 14. post Calder. quem refert, valere consuetudioem disponeotem circa infeudationẽ rei consuetæ infeudari, vt prælatus solus possit id facere in bonis, in quibus ipse prelatus habet administrationem diuisam à capitulo, vt in d. castaneto contingit, quia in eo habet Prælatus administrationẽ diuisam à capitulo, quia est propiũ mẽsæ episcopalis. Et tamen nobis minime obest hoc dictum Felini. quia prædium hoc noo erat consuetũ infeudari, nec in emphyteusim concedi, ideoque alienatio præd. fuit nulla. Innuit enim Feli. prælatum id facere mioimè posse si res noo erat consoeta infeudari. Et quamuis in sequenti dicat prælatum id facere posse, quanuis non adsit consuetudo, loquitur tamen ipse in re ab antiquo solita infeudari: prædium autem, de quo agimus minime vnquam fuit solitũ infeudari, nec in emphyteusim concedi. Qio fit, vt præd. alienatio episcopi fuerit nulla: maxiore concurrente enormissima læsione, quæ ad fuit tempore contractus, quæ sola sufficit ad rescissionem ipsius restitutione in integrum petita iuxta tex.in c.ad nostrã de reb.eccl. non alienao. De cuius tex. intellectu latè agit D. Couar.lib.1.var.resolut.c.3.nu.4.8.& sequẽtibus. Maxime tameo interest, quòd alienatio iudicetur nulla ex priori capite, scilicet, ob non seruatas solennitates iuris propter fructus, qui tunc temporis venioni restituẽdi, vt ex infra dicendis apparebit: qui tamen non restituũtur in casu d.c.ad nostrã, vt ex ipso patet.

5 Confirmantur † superiora, quia etsi sequenda foret opinio Abb. in c. 1. de his, quæ fiunt à præla. sine consensu c.quem refert & sequitur Syluest.in summa ver. alienatio.n.4.asserentis, quòd episcopus res ad suam mensam pertioentes, vel res cathedralis ecclesiæ alienare non potest sine consensu capituli, nisi res sit parua, & necessitas magna, vt in c.terrulas.12.q.2.& si non habet capitulum, quia ecclesia est destructa, loco canonicorum aduocet aliquos clericos hooestos. Cuius principalis opinio probatur per tex. in c. possessiones iuncta sua gl. 1.ad fin.de reb.eccles.non alienand.& glo.
6 1. in c.fi.13.q.2. Vbi † expresse tenet quòd episcopus non potest alienare rem ad suam mensam pertinentem, nisi de consensu canonicorum & causa subsistente.

Imo episcopus non potest vnionem facere, sine consensu capituli, clem. si vna de reb.eccles.non alieo.licèt vnio non sit ita pręiudicialis, sicut alienatio, vt tradit Ioan. Baptista de Caccialup.in tractatu de vnion. artic. 6.nu.1.& 14.vol.15.tractat. diuers.doct.fol.151.

7 Imo † ecclesiam suæ mensæ, vel capituli non posset vnire prælatus de consensu capituli, quia oon potest authorari in casu suo proprio, vt io d.clem. si vna secundum Petrum de Perus.in eodem tract. de vnion. ca.5.nu.19.& 20.fol.155. Adhuc in oostro casu alienatio erit nulla, quia fuit facta sine conseosu capituli, & sic ooo fuit seruata solennitas, quam Abb. requirit. Nec etiam necessitas aliqua aderat, vel probatur adesse tempore præfatæ alienationis, quæ eam posset iustificare, quo fit vt doct. Abb. post glossas, & sequacium sit in nostrũ fauorem.

Superest modo, vt satisfaciamus allegationi præcipuæ aduersæ partis, quæ nititur super intellectu.d.ca.terrulas.12.q.2.& similium, asserentis, castanctum præd.esse prædiolum paruum, modicique laboris, ac proinde solum episcopum absque alia solẽnitate potuisse id alienare, iuxta dictũ tex.

8 Cui † respõdeo, quòd ius canonicum, ita prohibet alienationem rei paruæ bonorum ecclesiasticorum, sicut magnæ, sic in d.ca.sine exceptione, ibi quicquam. per quem tex. ita ootat, & probat cum alijs Rebuff.in compend.alien.rerũ eccles.nu.58.

9 Imo † deponitur alienans prædium ecclesię, etiam exiguũ, vt in c.quicunque,1.17.q.5.ibi prædium magnum, vel exiguum, vel quicquam de iure ecclesiæ alienare tentauerit.

10 Nõ † obstat d.c.terrulas: quia loquitur expresse, & procedit in tertis exiguis,& minus vtilibus, aut looge positis, quæ quidem possunt sine solennitate alienari, secus in alijs,& ad hoc accedit omnis pene turba doctorum secundum Rebuff. vbi supra, num.60.qui alium nouum intellectum assignat illi tex. in nostrum fauorem. Potest etiam, & ille tex. intelligi iuxta tex. in c.d.sine exceptione: in illis, videlicet, rebus, quæ ecclesiæ plus incommodi quam vtilitatis afferunt. Verbigratia, si plus expenderetur in reædificatione vel cultura, quam recolligeretur ex reditibus, vel fructibus earum, vt notat Rebuff. vbi supra, n.124.& nu.125.refert, quatuor requisita ad hoc, vt procedat. d.ca.terrulas. Primò φ res sit exigua, & modica, vt probat text. ibi terrulas, & ibi, exiguas. Secundò quòd non sit ecclesiæ vtilis, ibi, Ecclesiæ minus vtiles. Tertiò, φ necessitas fuerit, ibi, si necessitas fuerit. Quartò quòd licèt ille tex. dicat his concurrẽtibus posse omitti consilium fratrum, aliæ tameo solennitates requiruntur, cum illæ non sint sublatæ in illo text. sed taotum consilium fratrum, in cæteris autem nihil est immutatum, vnde, quare extare

prohibebuntur argumento. l. præcipimus. §. fi. C. de appellat. & in l. sancimus, C. de testament.

In nostro au tem casu minime concurrunt prædicta requisita. Quia licet d. prædium esset patuũ, non tamen erat inutile dignitati episcopali, sed imo potius vtile vt testes examinati in ipsa causæ cognitione pręuia ad pręd. alienationem faciendã declarant, quanuis adijciant vtilius esse concedi in censum perpetuum. Nec est in loco longinquo, nec vllis reædificationibus egebat, nec necessitas alienationis instabat. Et paruo sumptu posset episcopus facere inseri castanetum prædictum, siue ipsius castaneas insitiuas reddere, aliasque de nouo plantate, vt maximi redditus fierẽt, pro vt nunc est factum: sicque alienari minime potuit absque summi Pontificis licentia, quia d. ca. terrulas alienationem non fouet, vt ex supra dictis constat maxime concurrente pręd. enormissima lęsione, allegata pro par. fiscalis.

11 Ex omnibus † supra dictis in hoc primo articulo infertur ad decisionem alterius quæstionis, de qua etiam responsio exquiritur, an etiam fructus percepti ab emptore ex d. prædio sint restituendi domino Moderno episcopo, saltem suo tempore percepti? Et videtur, quòd non: quia iste emptor errauit in iure. Existimauit enim solennitatẽ, quæ interuenit in ipsa alienatione, scilicet, concessionem episcopi cũ causæ cognitione super vtilitate inde sequutura ipsi episcopali dignitati, esse sufficientem, maxime propter paruitatem prædij, vt in d. c. terrulas. Error igitur iuris quamuis non sufficiat ad vsucapionem, prodest tamen ad acquisitionem fructuum vt in l. sed & si lege. §. scire. ff. de petit. hæred. & ibi notat Bartol. & cæteri scribẽtes tenet glos. expressa in l. si fur. §. 1. verbo. erranti ad finem. ff. de vsucapio. Estque communis & recepta sententia, vt plures allegantes resoluũt D. Couar. dict. l. 1. var. resol. c. 3. nu. 8. Arias Pinel. in l. 2. C. de bon. mater. secunda parte nu. 31. & sequentibus. Octauian. Cacheran. decis. Pedemont. 159. nu. 5. & sequentibus. qui vltimus optime eam probat. & Ioan. Garsia in Tract. de expens. c. 23. ex nu. 24. & Menchac. lib. 3. Controuers. vsu frequent. c. 70. ex n. 9. Molin. in Consuet. Paris. t. p. §. 22. nu. 52. & etiam si ius resisteret ad excludendam præsumptionem malæ fidei, sufficerent quæcunque coniecturæ deductæ ex consuetudine, vel ex alijs circunstantijs secund. Mod. Paris. vbi sup. n. 52. & Ioan. Gars. nu. 28. & allegat plures Lamber. de Cõtract. gl. 1. nume. 120. Sed hoc non obstante contrarium est verius, & tenendum scilicet, vt dictum prædium restituendum sit cum fructibus domino Episcopo, eiusq; mensæ, quia fuit alienatum absq; iuris canonici debitis solennitatibus, & sic ipso iure prohibente, reclamante atque contradicente. Quo
12 † casu datur mala fides in emptore, vt in l. quemadmodũ. C. de agricol. & censi. li. 11. ibi, malę fidei namq; possessorẽ esse nemo ambigit, qui aliquid contra legum interdicta mereatur. Idem probat text. in c. qui contra, de regul. iur. in 6.

13 Ex † quibus iuribus hæc est cõmunis resolutio doctorum, quòd error iuris prohibitorij, siue interdictorij inducit malam fidem, sicque impedit fructuum acquisitionem, vt cum gl. & Bart. vbi supra, & alijs deducunt D. Couarr. d. nu. 8. & dict. decis. Pedemon. 159. nu. 11. Id quod etiam constat ex Pinello, vbi suprà.

14 Secundò † hãc sententiã in proprijs nostris terminis alienationis rei ecclesiæ non seruata debita solẽnitate probat tex. apertus in l. iubemus nulli. §. prędia. C. de sacrosanc. eccles. & in c. nõ licet Papæ. 12. q. 2. tex. clarus. in ca. si quis presbyterorum ad fi. de reb. eccles. non alien. ibi, vt cum fructib. possint alienata reposcere. Per quę iura hãc nostrã sententiam probarunt Abb in c. si diligenti nu. 23. de præscrip. & ibi Paris. n. 26. Thomas Grammaticus plures referens decis. Neapol. 79. n. 6. & seq. vbi nu. 9. dicit comm. eamque refert D. Coua. vbi sup. Vltra quos eandem sequitur Rebuf. vbi sup. nu. 103. Hanc resoluit esse veriorem & crebriorẽ late agens ad partes afferensque iuxta eam iudicarum fuisse per senatum Pedemont. Octauian. vbi sup. per totam illam decisionem pręcipuè nu. 51. & sequentib. Et hæc est magis communis, & sustẽtabilior sententia (quanuis Innocen. velit hoc casu emptorem bonæ fidei à fructuum restitutione excusare) vt testatur Felin. in c. cum causam, num. 27. de re iudic.

15 Vbi opinio † Innocentij saluat quando probabilis error facti esset, vt quia emptor iusta ratione motus putasset interuenire solennitatem, quæ re vera non interuenit, quod & tenent alij relati per D. Couar. vbi suprà, & per Octauian. d. decis. 159. num. 9. ad fin. Sed in proposito hic error facti minimè potest considerari. nec admitti cum ius resistat, nec ipse allegetur. Pręmaxime cum dictus emptor esset vir prudens & sagax valde, vt omni-
16 bus notũ est. Quo † casu, sicur quando est literatus non excusatur à restitutione fructuum ob bonam fidẽ ex errore iuris causatam secũd. Aret. cons. 17. col. 8. versi. prætereà alia ratione Thom. Grammatic. d. decis. 79. nu. 7. & 8. & Octau. vbi sup. alia ad-
17 ducentẽ. Pinel. quoque vbi sup. Nec † etiam oberit, quod ait Syluest. in summa verb. alienat num. 14. ex Ang. quem refert, scilicet, quòd vbi causa alienationis fuit legitima, & non fuit seruata forma, emptor in foro conscientiæ non tenetur ad fructuum restitutionem: quia in proposito, constitit & constare debuit emptori minimè interuenisse solennitatem à iure requisitam. Imo causa alienationis non fuit legitima, sicque omnino veniunt cõdemnanda bona defuncti emptoris, ipsorũque defensorem ad restitutionem pręd. prędij, super quo lis vertitur cũ fructibus ex eo perceptis, quia alienatio fuit nulla propter non seruatas iuris solennitates, vt in simili casu concludit Thom. Grãmatic. d. decis. 79. per totam. docẽs ita pronuntiatum per sacrum regium consilium Neapolitan.

18 Non obstat † communis opinio pro contraria parte relata, quia ipsa procedit in errore iuris actus non assistentis nec interdicentis; secus vero est si ius prohibeat, vel contradicat, vt in alienatione

retum

rerum ecclesiæ sine debita solemnitate contingit, quia omnia iura id prohibent atque interdicunt, vt supra quoq; cum communi est dictum, per quã declaratur, & limitatur prima cõmunis opinio in cõtrarium adducta, vt idẽ interpretes sigillatim fatentur, atque testantur, * & refert plures Lãberten.
19 vbi suprà nu. 121. * Secũdo † modo potest responderi, non esse veram d. cõem opinionem pro contraria parte adductam, imo verius esse indistinctè iuris errorẽ nõ prodesse ad acquisitionẽ fructuũ vt subtiliter, & cũ iudicio optime defẽdit Pinelus vbi supra pluribus numeris tenens quoque contra eandem receptã sententiam nullam esse in hoc differẽtiã inter alienationem rerum minorũ, & ecclesiarũ sine solemnitate debita respectu acquisitionis fructuũ, sed vtrnq; casu ipsos esse restituẽdos p bona iura & rationes quas adducit optime satisfaciens iuribus in contrarium adductis. Tandem.n. 43. non dubitat (si attente, & eum iudicio per eum adducta attendãtur) non solum verius, sed & receptius dicendum fore, vt error iuris ad acquirẽdos retinendosque fructus non valeat, quicquid sit in alijs. In rebus ecclesiæ alienatis non seruata iuris solemnitate constitutum atque receptissimum est, idque verissimum ex iuribus supra allegatis errorem iuris non sufficere ad fructus acquirẽdos, imò ipsos simul cum re male alienata esse restituendos vt in d.l. iubemus nulli. §. prædia. & in d.c. si quis presbyterorum & communi resolutione doctorum iuris decisione munita, quę minime admittũt restrictionem Innocentij & sequacium, neo ipsa vera vllo modo potest esse in nostro casu per supradicta, * eandem communem sententiam veriorem esse arbitratur plures authores eam tenentes referens Lamberten. vbi sup. nu. 119. & 123. *

SVMMARIA.

1 *Omnis conuentio, vel contractus dolo, vel metu celebratus, etiam cum iuramento annullatur, vel rescinditur, impetrata prius absolutione a iuramento.*
2 *Metus cadens inconstantem virum is est qui illatus cogit quam eligere minus malum ob maius malum sibi imminens effugiendum.*
3 *Minor metus exigitur in fœmina quam in viro.*
4 *Metus hic probatur coniecturis, indicijs, & per testes.*
5 *Metus coactionis sufficit ad rescindendum contractum etiam iuratum.*
6 *Metus tormentorum idem operatur quod quæstio ipsa.*
7 *Metus naufragij idem operatur, quòd naufragium ipsum.*
8 *Timor armorum idem operatur quod arma ipsa operarentur.*
9 *Qui est armatus ad latus alicuius, licet arma non mouerit, dicitur opem ferre ei, cui astat.*
10 *Metus iustus, qui cadere possit in cõstantem virum matrimonium vitiat, etiamsi arma semel sumpta fuerint deposita.*
11 *Timor inferendæ violentiæ, licet illata non sit, electionem vitiat.*
12 *Metus cadens in constantem virum, quis dicatur, relinquitur arbitrio iudicis.*
13 *Iudex prudens ac diligens iustum metum arbitrabitur iuxta personarum qualitatem.*
14 *Testibus duobus de metu deponentibus magis credendũ est, quam centum vel mille de spontanea voluntate.*
15 *Metu probato, actus ob eum factus etiam ex interuallo vitiatur.*
16 *Metus reuerentialis cum minis prolatis à solito eas exequi, sufficit ad rescindendum contractum.*
17 *Metus patris, vel matris, quibus casibus sufficit ad rescindendum contractum, sufficit etiam metus fratris illatus sorori iuueni: idem est in fratre respectu fratris maioris natu, & in metu reuerentiali patrui.*
18 *Probabilis est coniectura metus, cum quis cum eo contrahit, quem in superiorem recognoscit, & cui aduersari non auderet.*
19 *Maioris præsentia, quando sola ipsa metum probabit.*
20 *Metus reuerentialis cum enormi læsione simul, operatur contractus etiam iurati rescissionem.*
21 *Contractus etiam iuratus rescinditur ob solam enormissimam læsionem absque metu impetrata absolutione à iuramento.*
22 *Magna quantitas, vt dicatur enormissima læsio dicitur sexta pars totius & nu. 23. ponuntur exempla quæ in practica contigerunt enormissimæ læsionis, ob quã fuerunt rescissi contractus.*
23 *Interuentus amicorum, vel propinquorum non sufficit ad tollendum metũ præcedentem, licet grauet actorem onere probandi metum duriorem, vel grauiorem minus purgat prædict. metum, si enormem læsionem quis ex contractu passus sit nu. 24.*

CONSILIVM XVI.

IN nomine Domini amen. Viso processu inter dominam Catherinam ex vna, & matrem & fratrem ipsius ex altera partibus super annullatione, vel rescissione instrumenti ab eadem filia vi confecto, in quo annullauit aliud instrumentum prius à matre confectum in fauorẽ ipsius, atque fratris sui, quo promisit neminem filiorum meliorare, sed quod ambo, scilicet, frater & soror diuideret æqualiter bona materna, intentio atque petitio eiusdem Catherinæ satis iusta videtur atque pro ea esse necessario pronuntiandum, nempe quod instrumentum factum à præd. filia, sit nullum, vel saltem rescindẽdum, confectum verò prius à matre esse seruandũ, atque per consequens minime posse præd. matrẽ. d. suum filium in aliquo meliorare: sed omnia bona ipsius æqualiter esse diuidenda post mortem suam inter dictos suos liberos, sequentibus fundamentis ostenditur.

1 Primò † quia omnis conuentio vel contractus dolo vel metu celebratus etiam cum iuramento, annullatur, vel rescinditur impetrata prius absolutione à iuramento, vt in authen. sacramenta puberum, C. si aduers. vend. ibi, per vim antẽ vel per iustum metum extorta. Idem probat text. in capit. quamuis pactum, de pact. in 6. ibi, non vi, nec dolo præstito. & in cap. si vero, & in c. cum contingat de

patruomagn: quia testatrix tantum prætulit neptibus,& pronepotibus ex filijs masculis, filios masculos eiusdem gradus non verò alios vlteriores, vel remotiores, imò eos expressè exclusit. Et licet prætulisset etiam patruum neptibus, adhuc non haberet locum eius dispositio in patruo magno, de quo nos agimus, cum sit odiosa,& correctoria,& contra ius commune per supradicta, quibus optime satis fit secundo fundamento contrariç partis.

Ad tertium fundamentum respondeo, quòd cum patruus magnus in proposito,non sit descendens ab vltimo possessore huius maioratus,sed collateralis,meritò,quòd non præferatur fœminis descendentibus à præd. vltimo possessore, deficientibus masculis ab eodem procedentibus: quia d. prima clausula supra adducta, & ponderata pro contraria parte loquitur in filijs secundis masculis descendentibus à possessore maioratus eodemque primo vocato, vt ipsi omnes præferantur fœminis ab eodem descendentibus. At verò quamuis præd. patruus magnus sit descendens à primo vocato, non tamen est ab vltimo possessore in cuius linea incipit maioratus, & quæ prius finiri debet etiam in fœminis antequã fiat trãsitus ab ea ad lineam patris, cuius pater constituit aliam diuersam à linea patris d. vltimi possessoris, vt supra deductum est. Et hoc manifestè comprobatur, quia statim testatrix addidit, *Item que con las condiciones* (scilicet *dichas*) *ayan este mayorazgo los hijos, y descendientes del primero llamado por linea derecha legitima, toda via de linea masculina antes que la femmina, &c.* Nam horum verborum sensus apertus est, scilicet, quòd descendentes à filio primo vocato habeant hunc maioratum cum eisdem cõditionibus linea directa legitima & masculina; potius quã fœminina:nempe ita, vt omnes descendentes masculi à possessore præferantur fœminis filiabus eiusdem, sicut in primis descendentibus primi vocati expressum est in principio d. clausulæ. Et hoc est quod sonat tota d. clausula:& in hoc sensu concordat cum secunda clausula supra adducta pro hac secunda parte, quę etiam ambę clausulę in litera minime dissonant. Idque manifestius apparet ex coniectura ta mente ipsius fundatricis. Nam quemadmodum prospexit filio suo primo vocato, eiusdemque liberis, nepotibus & pronepotibus masculis, vt ipsi omnes præferentur filiæ fœminæ eiusdem primi vocati, & illis deficientibus hæc admittatur, idem voluisse & disposuisse meritò censenda est in cęteris omnibus suis descẽdentibus atque dicti sui filij primum vocati successoribus huius maioratus,vt filij atq; descendentes alij masculi possessoris maioratus præferantur filiæ fœminæ ipsius, & illis deficientibus hæc admittatur. Ac per consequens,cum deficiat in proposito masculi descendentes ab vltimo possessore ipsius filia maior admittẽda est & præferẽda alijs remotioribus quamuis masculis. Et hoc modo intellecta d. clausula tantum abest,vt non solum nõ obsit nobis, sed imò probet plenè hanc nostram sententiam: præcipuè iunctis illis verbis supra relatis. *Item que con las condiciones* (scilicet *dichas*) *ayan este mayorazgo los hijos y descendentes del primero llamado por linea derecha legitima toda via de linea masculina antes que de la femmina, &c.* Nam verba hæc supradictum nostrum sensum, atque coniecturam videntur pullulare: nempe quòd descendentes masculi à possessore præferantur filiabus eiusdem,quòd si hi deficiant, admittatur ipsa filia: sicut in primis, & secundis descendentibus primum vocati dispositum extat. Quam dispositionem extendit testatrix nũc in prędict. verbis ad vlteriores descẽdẽtes filij primum vocati,ne forte intelligeretur,id tantum voluisse in liberis, nepotibus & pronepotibus prædict. filij sui primum vocati,quos in initio clausulę tãtum expresserat.

Nec obstabit modo illatio, quam ex supradict. prima clausula fecimus pro tertio fundamento primæ partis,scilicet,quòd iuxta illam clausulam filię fœminę descendentes à primò vocato non admittentur, nisi deficientibus omnibus ipsis descẽdentibus masculis. Itaque filius masculus secundogenitus descendens à primo vocato præferetur fœminis descendentibus ab eodem, & sic patruus neptibus.

28 Quia † respondeo, quòd regulariter descendentes grauati à testatore restituere generale fideicommissum censentur grauati, si sine liberis decesserint, vt in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. & in l. cum auus, ff. de cond. & demonstr. & in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. &c.

29 Quod † procedit siue liberi suscepti a grauato sint masculi siue fœminæ: nam & hæ excludunt substitutum, vt in l. 1. C. de condit. insert. l. si ita quis, ff. de testament. tutel.

30 Quod † in maioratuum successione etiam procedit, scilicet, vt si in eis fœminæ exclusæ non reperiantur ipsæ admittantur, & sic filia vltimi possessoris præfertur masculo transuersali eiusdem, descendenti etiam à maioratus conditore, vt pluribus probat Burgos de Paz in proœmio legum Tauri, nu. 120. Vbi ad hoc allegat pro perspicua d. l. 2. tit. 15. partit. 2. in vers. *Pero si todos estos* & l. 2. 31 titul. 18. partita 3. Et † quamuis hoc minime procedat quando testator in cõditione expressit qualitatem sexus virilis, putà si dixerit, si filius meus decesserit sine masculis, restituat hæreditatem Petro, quoniam hoc casu fœminæ non excludent substitutum. Nam cum masculos expressim testator admiserit (sicut in nostro casu fecit) videtur exclusisse fœminas, argumento l. cum prætor, ff. de iudic. vt in terminis tenet Bart. in d. l. cum auus, num. 4. quem sequuntur ibi doct. & testatur communem & ab ea non esse recedendum in iudicando Socin. num. 76. & sequuntur & testantur communem alij plures, quos congerit D. Anton. de Padilla in d. l. cum acutissimi, nu. 11. & latius D. Molin. de Hispan. primog. lib. 3. c. 5. nom. 30. & sequent. Vbi quamuis multa in contrarium considerauerit, postea num. 37. inquit, Sed quamuis hæc omnia probabilia esse videantur nunquam tamen

tamen in forensibus controuersijs admitti solent. Imò eo ipso quod maioratus institutor masculos ad primogenij successionem inuitauerit censetur fœminas propter masculos remotiores excludere voluisse. Sequitur etiam plures referens D. Burg. de Paz, vbi supra, nu. 123. & sequentibus. Vbi dicit, quòd si tantum masculi descendentes ad maioratum successionem substituantur, tunc masculi & remotiori gradu extantes, fœminas vltimo possessori proximiores à successione excludent, etiam possessoris filias.

32 Hæc † tamen communis conclusio Bartoli limitatur, vt solum procedat, quando testator ipse curabat agnationem suam conseruare. Túc enim per verba illa, si sine filijs masculis decesserit, videtur fœminas exclusisse. Ita limitat Philippus Corneus in l. 1. col. penultim. C. de condi. insert. quem refert & sequitur D. Ant. vbi supra, nu. 21.

33 Addens † tunc videri testatori curæ fuisse agnationem suam conseruare cùm fœminas prorsus exclusit ab huiusmodi fideicommisso: nam in illis agnatio non conseruatur, vt in l. post consanguineos, §. fina. C. de suis & legit. hæred. l. fina. C. de verborum significat. §. primo, in fine, instit. de patr. potest. Quod vltimum tenent alij plures, quos supra retulimus. Et ita Burgos de Paz, vbi supra, proxime sequutus communem Bart. & aliorum, supradictam sententiam expresè loquitur, quando masculi tantum sunt substituti ad successionem maioratus, non verò quando aliqua parte dispositionis sunt vocatæ fœminæ, vel quando ex maioratus serie, & eius verbis itá disponentem sensisse perspicuum est, scilicet, fœminam excludi per masculum remotiorem. Cum igitur in proposito nostro non sint prorsus fœminæ exclusæ, imò in defectum masculorum sint vocatæ ad successionem huius maioratus, consequens est, vt testatrix nostra maximè cum fuerit fœmina non habuerit rationem nec curam conseruandæ agnationis in præsenti maioratu, vt supra quoque probatum existit Et sic etiam si vocauerit filium maiorem, nepotem & alios descendentes masculos ex filio suo primum vocato, & in eorum defectum substituerit filium, 2. genitum & alios, non videtur exclusisse filias fœminas descendentes à filio maiore

34 succedere in maioratu, iuxta supradicta. Quæ † procedunt etiam si substituti sint de testatoris descendentibus, vt probat text. expressus in d. l. cum auus & ibi notant Cuman. Paul. & Soc. in num. 39. & præterea tenet Bald. in d. l. cum acutissimi, nu. 5. Saliec. 2. Paul. de Castr. 5. & resoluit esse communem ibi D. Ant. ibi num. 3. allegans pro ea, l. 10. tit. 4. par. 6. quę in duobus fratribus à testatore pa rente granatis, expressim loquitur.

Quòd si iterum replices D. Mol. vbi sup. nu. 37. sentire, supra, dictam sententiam Bar. procedere etiam si in alia parte institutor maioratus de fœminis meminerit: quia tunc licèt vocatio masculorú non sit sufficiens ad exclusionem fœminarum vltra casus, scilicet, ab ipso expressos, erit tamen satis, vt masculi remotiores eisdem præferantur. Et præterea adijcias Philip. Corneum in d. l. 1. col. penult. num. 2. C. de condit. insert. à D. Antonio de Padilla allegatum pro dictæ Bart. sententiæ limitatione, loqui, quando testator instituit filiam, & descendentes masculos ab ea, & substituit extraneum. Quia enim tunc non possit considerari fauor agnationis cóseruandæ meritò, quod masculi non solum, sed etiam fœmina ex prædict. filia instituta excludant substitutum. Erin nostro casu fœmina nec descendentes masculi ab ea sunt primum vocati, sed filij masculi & descendentes masculi ab eis, nec est substitutus extraneus, sed alij masculi descend ntes à prædict. filio primum vocato, & ipsius filio secundogenito. Et sic videtur directò nobis obstare d. sententia Bart. Communiter recepta, & remanere insoluta d. primam illationem quam adduximus pro tertio fundamento prioris partis.

Respondeo, quod etsi superiora modo proximè relata pro dicta tertia illatione essent alicuius momenti (quod diffiteor) quia videtur sufficere fuisse vocatas fœminas in quacunque parte dispositionis, vt non censeatur habita cura agnationis conseruandæ, quæ tantum censetur habita quando fœminæ prorsus sunt exclusæ, vt supra satis superque probatum est ex eodem D. Mol. & alijs, ac per consequens masculus remotior non præferatur fœminæ proximiori, vt supra, quoque ostensum fuit, maximè quod D. Molin. d. num. 37. non firmat contrarium expresse, sed tacite videtur illud sentire; adhuc tamen nobis in nostro proposito, & casu nihil obessent. Quoniam expresse vocata est filia vltimi possessoris maioratus, deficientibus filijs, aut alijs descendentibus masculis eiusdem, vt constat apertissimè ex omnibus clausulis huius maioratus iam supra relatis atque explanatis, maximè iunctis verbis, *con las condiciones*. &c. Et ita cessat omnino prædicta difficultas quandoquidem filia in proposito habet expressam vocationem, ex voluntate testatoris, quæ est regula in proposito, & omnino seruanda. Ad quartum fundamentum respond. quod Paulus de Castr. dicto cons. 300. ipsiusque sequaces loquuntur expresse quando in emphyteusi, de qua agitur, adest conuentio, quòd generatio masculina præferatur fœmininæ, fœmina verò licèt sit ex masculo non est generatio masculina, vt patet. At verò in proposito non adest talis clausula, sed illa, *Toda via de la linea masculina antes que de la feminina*. Quo casu eum filiæ d. vltimi possessoris sint & descendant ex linea masculina maiori, & deficiát masculi ex ea, manifestissimè sequitur, quod ipsę preferri debeant patruo magno. Quia † vbicunque ad ali-

35 quam successionem vocantur filij, qui per lineam masculinam descédunt fœmina quę a masculo descendit in hac successioone comprehensa censenda erit. iuxta glos. in l. Gallus, §. nunc de lege Velleia. verb. nam etsi, in fine, ff. de liber. & posth. quá esse communé pluribus allegatis testatur D. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. capit. 6. numero 37. Pro quo Pelaez dict. 6. quæst. num. 55. & sequent. alle-

allegat text. expressum in §. cæterum, ad fin. instit. de legitim. agna. success. ibi, per virilem sexum descendentes siue masculi siue fœminæ sint. & in l. lege duodecim tabularum, §. huiusmodi, C. de legitim. hæred. Et quamuis D. Molin. vbi supra numero 38. & idem secunda parte lib. 3. capit. 5. numero 69 existimet id procedere minimè posse in Hispanorum maioratuum successione, vbi in defectum descendentium ex virili sexu vocantur alij descendentes: quia tunc sicut descendentes ex fœmina excluduntur, ita & ipsa fœmina excludi debet, secundum Carol. Ruin. & Curt. Iun. quos refert: hoc tñ cessat in proposito, attêta prima clausula huius maioratus supra relata in primo fundamento huius secundæ partis: qua expresse vocatur filia maior vltimi possessoris, deficientibus masculis ex eo.

Restat respondere ad dicta Gregorij Lopez quæ videntur expresse pro contraria parte. Cui satis fit in hunc modum, scilicèt, quod ipse se fundat in decisione quæstionis, quam Ioan. Andreas per eũ ibi relatus in Rubrica, de testamentis, & in Rubri. de success. ab intest. super Specul. refert, ex Vberto de Bobio, & Iacob. de Aret. in quæstione illa statuti, vel consuetudinis, quod filiæ fœminæ non succedant cum fratribus, sed ab eis competenter dotentur. Et successit, quod decessit quidam relictis filio & filia, rursus filius ille decessit relicta filia, decidunt in hac quæst. Vbertus & Iacobus nepté ex filio non excludere amitam, sed quod ambo æqualiter succedant auo. Et sic videbatur dicendum in proposito, quod neptis ex filio minimè præferatur. Nam respondeo, quod præter dissimilitudinem huius quæstionis à nostra, adhuc tamen in illa Hugo. de la Fontana, quem refert & sequitur Ioan. And. vbi supra tenet contrarium, quando decessit filius, iam mortuo patre. Quia tunc neptis ex filio præfertur, quia pater ius in sua persona acquisitum transmittit ad hæredem etiam fœminam, vt l. cum antiquioribus cum similib. C. de iur. deliber. & sufficit semel fuisse ius quæsitum, vt in l. videamus, ff. quod met. caus. Quod secus esse dicit, si filius decessisset viuo patre. Sed in nostro casu auus paternus neptis decessit in vita filij sui: admitti igitur debet, & præferri neptis ex filio ex iure patris semel acquisito, & in filiam maiorem transmittendo. Quò fit, vt decisio hæc non solum non faciat pro opinione Gregorij, sed imo illi sit contraria, & in nostrum fauorem. Præterea Cynus & Salic. relati ab ipso Grego. in l. 1. C. de adult. tenent & sequuntur eandem opinionem Hugol. contra Vbert. de Bobio, & Iacob. de Arc. Cynusque refert ipsum Hugol. dicentem, sic iam de facto obtinuisse. Nec etiam obest quod Decius, relatus per Greg. vbi supra dicat esse communem opinionem. Nam Decius, vbi refert, scilicet, consi. 372. num. 4. loquitur in casu, & decisione Gregorij Lop. nec ipsam dicit communem, sed eius ratione, nempe quod ratio statuti excludentis fœminas propter masculos est fauore agnationis conseruandæ. Quæ ratio licèt communis sit, minime tamen obest huic secundæ nostræ opinioni: quia nihilominus procedit hæc nostra sententia per omnia supra dict. Vbi respondetur sup. dictæ rationi, scilicet, vt procedat in eadem linea & gradu tam ex iuris dispositione, quam mente disponentis, & consuetudine Hispaniæ: secus in diuersis. Itaque opinio Grego. quamuis videatur expressa pro patruo magno predicto est singularis quia doct. quos refert eam minime tangunt sed aliud. Et tamen secunda pars supra dicta contra patruum habet plures receptas, & communes opiniones doctorum pro se: & ideo tenenda contra Gregorium Lop. saluo meliori iudicio.

SVMMARIA.

1 *Ostendens donationem irreuocabilem acceptatam habet intentioné suam fundatam titulo habili, & à iure approbato ab translationem dominij.*

2 *Quilibet in dubio præsumitur sanæ mentis, nisi contrarium probetur.*

3 *Quilibet præsumitur esse talis, qualem solet natura producere nisi contrarium probetur.*

4 *Testibus deponentibus de sana mente magis credendum est, quam contrarium affirmantibus, hoc tamen procedit data æqualitate dispositionum, secus si testes de sana mente non concludenter deponant, testes autem contrarij sufficienter deponant nu. 12. 13.*

5 *Mente captus non potest contrahere.*

6 *Donatio dementis non valet.*

7 *Mente captum vel furiosum, quem esse quomodo probetur? Et inter alia, probatur, si pater vel consanguinei illum habebant pro mente capto, vel furioso, vel communiter ab hominibus pro tali reputatur.*

8 *Testi agenti de sua exoneratione, vel ea re, ex qua laus, vel vituperium ipsi sequi potest non est credendum.*

9 *Testibus deponentibus contractum fuisse metu gestũ, magis credendum est, quam de spontanea voluntate deponentibus.*

10 *Notario asserenti testatorem sanæ mentis condidisse testamentum, non est standum.*

11 *Mentecaptus probatur, quòd quis sit, ex datione curatoris sibi facta tanquam mente capto; idemque est in furioso.*

14 *Tutores, vel alij administratores non possunt contrahere cum suis minoribus, nec hi illis donare bona mobilia, nec immobilia.*

15 *Sed nec id per interpositam personam, veluti consanguineum tutoris vel administratoris fieri potest.*

16 *Donatio facta à pupillo, consanguineo tutoris, veluti filio, vel filiæ neptive non valet.*

17 *Iura loquentia de minoribus extenduntur, & procedunt, etiam in furiosis prodigis & mentecaptis.*

18 *Fraus præsumitur in donatione omnium bonorum, vel quasi.*

19 *Donatio, maximè omnium bonorum, est dilapidatio, non autem diligens administratio.*

20 *Mala administratio sonat potiùs in furorem, quam in sanum consilium.*

21 *Beneficium restitutionis transit ad hæredes, & cæteros successores vniuersales.*

CON-

CONSILIVM XIIII.

DEcedente quodam Petro ab intestato relicta, domo, & alijs bonis, vertitur nunc lis inter sororem, & alteram consanguineam in secundo gradu eiusdem defuncti super ipsa domo & cæteris bonis, asserente sorore, fratrem suum decessisse ab intestato, ac proinde omnia ipsius bona iure legitimo ad se pertinere, non obstante donatione eiusdem domus & aliorum bonorum facta à præd. fratre inter viuos in fauorem alterius consanguineæ ob defectum mentis: altera verò parte contrarium affimãte quoad bona donata. Quęritur quid iuris sit in hac causa?

1 Primò † videtur, contra sororem, & pro donatione iudicandum esse, quia consanguinea ostendens donationem habet intentionem suam fundatam titulo habili, & à iure approbato ad translationem dominij, scilicet, donationis irreuoabilis inter viuos acceptatione donatatiæ statim subsequuta, vt in toto tit. C. & ff. de donat. & in tit. 4. partit. 5. maximè cum donans liberos nunquam habuerit.

2 Nec obstat † quod alleget prædict. defunctum fuisse mente captũ, ac proinde donare minime potuisse nec testari, vt infra de iure probabitur, & est verum in se, quoniam in dubio quilibet præsumitur sanæ mentis nisi contrarium probetur. Hanc regulam probat text. in l. 2. C. qui testam. facer. poss. & in l. nec codicillos, C. de codicil. vbi notant Doct. tex. capitalis, in c. fi. in versi. nos cãm illam, de succes. ab intesta. vbi gl. ordinaria verb. compotem id notat. Cuius ratio ea est, quia aliquem esse compotem mentis est naturale, sed esse furiosum,
3 accidentale, vnde † quilibet præsumitur esse talis, qualem solet natura producere, nisi contrarium probetur. Ita Bald. in d. l. nec codicillos, refert & sequitur plura adducens in materia Maranta in repet. l. is potest num. 137. & sequentibus, ff. de acquir. hæred.

4 Nec † etiam obest asserere, probatũ esse pluribus testibus præd. defunctum à natiuitate vsque ad mortem fuisse semper mente captum: quia pluribus etiam testibus probatum est contrarium. Vnde magis credendum est testibus deponentibus de sana mente, quia eis patrocinatur præsumptio iuris suprad. quam contrarium affirmantibus. Et ita in terminis ac si præsentem processum vidisset casum nostrum decidẽs tenet Philippus Corneus cons. 219. volumine 1. per totum, præcipuè lit. 5. Loquitur nempè in donatione facta ab illo, qui mente captus affirmabatur à sua pueritia vsque ad mortem; idquè probatum fuit pluribus testibus. Et alijs pluribus fuit probatum contrarium deponentibus de sana mente donantis: atque rationem ipsius reddentibus. Qua in specie consulit ipse, magis credendum esse testibus deponentibus de sana mente illius, quam ijs, qui deposuerunt de non sana hoc est de insania. Quam etiam opinionem sequutur Decius, Aemilius Ferretus, & Boerius relati per D. Anton. de Padilla in l. sanum mente, nu. 14. C. de transac. probat idem Decius cons. 448. nu. 10. & sequentibus & nu. 35. & plures referens D. Burgos de Paz consi. 6. num. 4. Quibus sic stantibus, non tamen aduocatus aduersæ partis nimis fidat in sua iustitia.

Quia his omnibus nõ obstantibus pro sorore, & contra donationem iudicandũ esse existimo, prout iudicauit iudex primæ instantiæ cuius sententia confirmanda venit, idque ostenditur ex sequentibus.

Primò: quia satis probatum est octo testibus cõtestibus præd. defunctum & sic donatorem à pueritia sua vsque ad mortem fuisse mente captum, & sine vsu rationis, atque vllo hominis intellectu, vt donationem, aut alium contractum, vel testamentum celebrare siue conficere posset.

5 Mente captus † autem non potest contrahere, vt bene probat Anto. Gomez 2. tom. c. 14. de restit. min. n. 28. & ante eum Ioan. Faber. in §. furiosus institu. de inutilib. stipulat. & ibi Angel. nu. 3. qui legit text. illum in §. mutum eiusdem tit. sequitur Gregor. Lopez in l. 4. tit. 11. gloss. 1. part. 5. Non etiam potest testari mente captus, idem Ant. Gomez in l. 3. Taur. nu. 9. Grego. Lopez in l. 13. in gl. Salido de memoria. tit. 5. partit. 6. Decius cons. 448. nume. 22. Roderic. Suarez latè allegatione 1. per totam.

6 Et in † terminis, quòd donatio dementis non valeat, tenet, & iure probat Petrus Rebuff. 2. tom. ad regias constitut. Gallic. in tractatu de donat. & alijs disposit. tutor. & administrat. factis, reprobat glos. 9. nu. 14. pagina 364. vbi loquitur in demente maiore ætatis 25. annorum, Decius etiam vbi suprà. Quo fit, vt præd. donatio à Petro facta, vel testamentum, si illud confecit, sint nulla, eumque decessisse ab intestato, & sororem pręd. esse ipsius legitimam hæredem in omnibus bonis ab intestato, tanquam proximiorem, vt probatum existit. Non obstat, quòd aliqui ex testibus affirment d. Petrum fuisse fatuum, eoque nomine ipsum appellent, ac proinde posse testari atque donare, vt videtur præsupponere nonnulli ex authoribus supra citatis. Nam respondetur eosdem testes adijcere eum quoque mente captum esse, omnique discretione, & iudicio sani hominis carere ad cõtrahendum requisito.

Idque optime probatur, vt debet iuxta tradita per Alex. consil. 86. nume. 10. lib. 6. Socin. consil. 42. lib. 1. Decius consi. 86. numero 7. idem Decius consil. 448. num. 3 & sequentibus & ex nouioribus Auenda. respons. 35. per totum, Menchac. de suc-
7 cess. creat. §. 13. num. 53. Et inter † alia omnes concludunt, probari, quem esse mente captum, vel furiosum, si probetur, quòd pater vel consanguinei illum habebant pro mente capto, vel furioso, vel communiter ab omnibus pro tali reputatur, quod est probatum in præsenti. Quo fit, vt præd. Petrus minime potuerit testari nec donare vel alium quẽcunque contractum facere, vt authores suprà citati affirmant. Quę cum ita se habeant, fatuitas nihil

prodest

prodest, eum sit simul mente captus: præmaxime cum in hac secunda instantia probatum existat, eũ fuisse purè mente captum, sine aliquo iudicio, quã uis errore vocaretur ab aliquibus fatuus.

Nec etiam oberit, si dicatur probatum etiam esse pluribus testibus præfat. Petrum fuisse sanæ mentis & intellectus sicut cæteri homines, quia testes sororis affirmantes contrarium sunt plures numero, contestes, concludenterque deponentes, antiquiores ætate, oriundi ex oppido, vbi natus fuit mente captus, eumque cognouerunt atque conuersati cum eo sunt semper. Testes vero contrarij, si recte considerentur, non ità concludunt, nec sunt tam senes, nec originarij præd. oppidi, sed aliunde, nec cum eo conuixere; quidamque ex eis deponunt de solo uisu tempore celebratæ donationis quos persuadere clarum est notarium summa ope nixurum, vt iuxta instrumentum donationis, & in fauorem ipsius notarij deponerent, quandoquidem & idem met confecit instrumentum, &
8 examinauit præd. testes. Quapropter † sua interest, vt donatio valida iudicetur: quia agitur de re, ex qua laus, vel vituperium sibi sequi potest. Et ipse etiam ageret de sua exoneratione, si deposuisset: & ideo sibi non crederetur: Eadem ratione, vt tenet Roderi. Suarez vbi supra, vers. secundò quia testis, & in terminis Alex. d. consilio 86. num. 16. libro 6. D. Burgos de Paz plures referens, consil. 11. numero 16. & 17. vbi etiam testatur esse communem opinionem. Cessabit tamen omnino hæc obiectio argumento doctrinæ Innocentij, qui in cap. super hoc nu. 2. de renuntiat. versic. inducunt autem, te-
9 net † magis credendum esse testibus deponentibus contractum fuisse metu gestum, & sic aduersus contractum, quam centum, qui deponant de spontanea voluntate, & sic in fauorem cõtractus. Quam doctrinã plurimis doctoribus, qui eam sequuntur allegatis testatur communem D. Antonius de Padilla in l. interpositas, nu. 34. C. de transact. Vbi ait, quòd quando constat metum in contractu interuenisse, rescindendus ille est, etiãsi in eo sint verba illa, non dolo, non metu. Nã hoc casu etiam clausula illa censetur metu extorta, sicut contractus ipse principalis, vt ibi probat. Facit præterea quod tradunt Dynus, Iacobus de Bellouisu, & alij Doct. in l. 2. ff. de testa. Nempe non esse standum notario affirmanti testatorẽ sanæ mentis cõdidisse testamentum. Estque communis opinio secundum eundem D. Anton. in l. sanum mente nu 13. C. de transact. idem testatur plures refe-
10 rens Burgos de Paz cõs. 11. nu. 17. Nam † sanitas mentis non potest à notario percipi aliquo sensu corporeo, quare illi credendum non est sicut testi non creditur, nõ assignanti rationẽ dicti sui in his, quæ sensu corporeo percipi non possunt, sic in l. solam cum glos. C. de testibus. Qua ratione eandẽ opinionẽ in terminis nostris mẽte capti, vel furiosi deducit ex doctrina Innoc. supra dicta Roder. Suarez vbi supra d. allegatione 1. affirmans plus esse credendum testibus deponentibus de alienatione mentis, & insania, quam affirmantibus sanã mentem alicuius, vt ibi ratione probat. Idque præ maximè verum efficitur in nostro casu: quoniam propter non sanam mentem fuit datus curator à iudice d. Petro, quamuis maiori 25. annis, qui curator in alio iudicio confessus fuit, eum minime aptum esse ad seruiendum, nec ad quærendum alimenta, vt ex processu constat.

11 Et ex † datione curatoris, tanquam mente capto, vel furioso alicui facta probatur, quod quis sit mẽte captus, vel furiosus, vt cum Salic. & Corneo tenet Decius d. consilio 448. nu. 34. vbi se alio loci refert, scilicet, cons. 186. Idem consil. 86. n. 7. vbi hoc præcipuè procedere dicit si mente captus lædatur enormiter in contractu, quem celebrat.

Quibus omnibus non obstabit opinio suprà adducta Cornei, & aliorum loquentium in proprijs terminis donationis factæ ab illo, qui pluribus testibus probatur fuisse mente captus, & alijs pluribus probatur fuisse sanæ mentis. Nam concludunt ipsi magis credendum esse his in fauorem donationis, quam illis cõtra, quod profecto est, quod magis vrget in proposito pro contraria parte. Nõ
12 obstat † inquam hæc opinio doctorum quia in casu suo testes deponentes de sana mente plures, & concludentes rationes assignarunt, vt ex ipso Corneo cõstat, at in proposito, id minime faciunt, & oẽs testes deponentes eum fuisse mente captũ, id recte ostendũt, & fuit eis magis notus defectus, vlterioreq; tpe eum tractauere. Præterea D. Ant. vbi suprà huius rei disquisitionem religioni iudicantis committit, qui perpensa negotij, testiumque qualitate, quid statuendum sit arbitrabitur. Et in proposito Decius vbi suprà, d. cons. 448. nu. 19. adducit omnes probationes arbitrarias esse. Sed in proposito nostro perpẽsa negotij, testiumque qualitate vtriusque partis iudex magis inclinare debet, vt existimet præd. defunctum mente captum fuisse, quam sanæ mentis. Tum, quia cum haberet sororem ex eodem patre natam pauperrimam, vt est probatum in processu, imò se ipsum in maxima pauperie constituerit præd. donatione à se facta; Ita vt ostiatim eleemosynã petere coactus fuerit, donare, quasi omnia bona sua cõsanguineæ remotiori, non ità pauperi, sibi congrua sustentatione minimè relicta, manifestæ dementiæ & captionis mentis fuit, vt probatum quoque existit in processu. Tum etiam, quia testes sororis defuncti antiquiores multò sunt, conciues, & coppidani dicti defuncti, & eũ magis notum habebant, quàm testes contrariæ partis. imo vrgentius probant eũ mente captum fuisse, quam cæteri contrarium, vt
3 constat ex eorũ dictis. Respondeo † præterea opinionem Cornei, & sequacium suprà adductam, procedere & loqui quando inter testes vtriusque partis æqualitas datur, alias secus. Quia si testes de non sana mente deponentes verisimiliora ponant, & melioribus rationibus id concludant, vt contingit in proposito, præferuntur deponentibus de sana mente. Ita in terminis cum alijs, quos refert, recenset D. Burgos de Paz consilio 11. numero 18. vbi nu. 19. quod testes de sana mente de-

ponentes

ponentes debent concludentem etiam non inter-
rogati rationem assignare, præmaximè in nostro
casu, in quo testes de non sana mente sunt plures
numero, quam deponentes contrarium, qui sunt
pauciores: sicque nihil nobis obest suprà dicta opi
nio Cornei in præsenti casu. Quò fit, vt necessariò
domini iudices plus credere debeāt testibus soro-
ris defuncti, quam contrariæ partis: quandoqui-
dem ipsi magis scire possunt, quanta fides sit testi-
bus adhibenda, vt in l. 3. §. 1. ff. de testib. Maximè
quia iustitia sororis non solum hoc nititur funda-
mento, sed alijs simul iuris decisionibus, atque ra-
tionibus, vt ex infra dicēdis apparebit. Vnde om-
nia simul iuncta rem manifestam faciunt in fauo-
rem sororis. Etquamuis Corneus, & Decius vbi
suprà & Cardinal. ab eo relatus consi. 56. conclu-
dant pro donatione, aduersus tamen eam resoluit
Alex. in duobus locis citatis à Decio vbi suprà, etiā
eo casu, quo testes instrumentarij deponebant in
fauorem donationis: in casu autem Socin. vbi su-
prà non erat bene probata dementia. Sicque rema-
net satisfactum suprà dictis doctoribus tenētibus
contrarium.

Secundò & principaliter in fauorem sororis fa-
cit. Nam optimè probatum est, patrem aduersæ
partis tempore præd. donationis, & multis retro
annis, item & post fuisse curatorem authoritate
iudicis prouisum D. Petro mente capto & talis vt
curator ipsius regit & administrauit bona ip-
14 sius. Sed sic est, quòd † tutores non solum non
possunt contrahere cum suis minoribus, nec bi
illis donare bona mobilia, nec immobilia, vt
iure probat Petrus Dueñas in regula 31. incipit
administratores, seu officiales in secūda cōclusio-
ne cum suis ampliationibus. Quod procedit etiam
in quolibet administratore, & gubernatore, vt
probat Petrus Rebuff. vbi supra gloss. 9. in princi-
pio, num. 1. & 2.

15 Sed etiam † habet locum in persona consangui
nei ipsius tutoris siue curatoris, quia nec ipsius
consanguineo minores donare possunt: nam alias
fieret fraus de persona ad personam vt in l. pupil-
lus, §. sed & si per interpositam, ff. de autho. tutor,
Vbi inquit text. Sed & si per interpositam perso-
nam rem pupilli emerit, in causa est, vt emptio nul
lius momenti sit, quia non bona fide videtur rem
egisse. Quod intelligit ibi Bart. num. 3. quando
interposita persona est subiecta iuri illius tutoris,
vel curatoris. Verum expressius hanc opinionem
probat tex. ille in fine dicens, Si filius tutoris, vel
quæ alia persona iuri eius subiecta emerit idem
erit, atque si ipse emisset. Notatur etiam per Doct.
in l. fraus, ff. de legibus, tenet Petrus Dueñas vbi
supra, in 5. ampliatione secundę Regulę.

16 Et in † terminis nostris per prædicta, ità ex-
presse determinat Petrus Rebuffus, vbi supra, gl.
5. in fine pagina 161. dicens, quod si donaretur
consanguineo tutoris filio forte, aut filię vel nepti
tutoris a pupillo, non valeret donatio. Sed præfa-
ta donataria est filia curatoris subiecta eius iu-
ri: igitur pręd. donatio est nullius momenti, etiā
si præd. defunctus mente captus minime fuisset,
propter hanc solam rationem, quod facta fuerit
filiæ curatoris ipsius, quod est prohibitum. A for-
tiori igitur non valebit concurrente præd. mentis
defectu. Nec obstat si dicatur hoc procedere, &
loqui in donationibus factis à minoribus suis tu-
toribus, vel curatoribus. At vero nos agimus in
donatione facta à maiore habente curatorem filiæ
ipsius curatoris, quo casu diuersa ratio videtur,
ac per consequens diuersa debet esse iuris dispo-
sitio. Nam respondeo, quòd prefati Doct. loquun-
tur in contractu vel donatione, facta cuicūque ad-
ministratori, vt supra visum est.

17 Item in † terminis hoc ipsum tenet Rebuff. vbi
supra, d. glos. 9. nu. 14. in fine, dicens idem esse in
alijs, qui curatorum ope iuuantur, vt in l. Fulci-
nius, §. Planè, ff. quibus ex caus. in possess. eatur,
Quæ opinio optime probatur per text. in l. 2. C. de
curat. furios. vel prod. dand. Vbi probatur, quòd
iura loquentia de minoribus extenduntur, & pro-
cedunt etiam in furiosis, prodigis, & mente ca-
ptis, & ibi notant illum text. ad hoc Bal. & cæteri
Doctor. præcipue glos. famosa verb. ad agnatos,
quæ idē probat in pscriptione & alijs beneficijs,
quæ minoribus dantur, vt in l. fin. C. in quib. cau.
restitutio in integr. non est necess. sequitur Ale-
xand. in l. imperatores: num. 4. ff. de re iudica. di-
cit communem idem Alexand. in l. si curatorem
habens, num. 4. C. de in integ. restitut. minorum,
& ad hoc illam glossam dicit ordinariam Paulus
de Cast. in l. tutor pupilli, §. prodigus, ff. de iure-
iur. & ibi Ias. num. 1. qui alios refert: dicit vnicam
plures allegans & eam sequutus Anton. Gom. C.
de restitut. minor. num. 30. Ita etiam bona cura-
toris furiosi, vel prodigi sunt tacitè hypothecata
pro reddenda ratione curæ, vt tradit argumento
d. glos. Gregor. Lopez in l. 23. tit. 13. part. 5. glos.
mag. vers. sed quid de bonis, &c. Non obstat etiā,
quod aliqui testes aduersæ partis voluerunt signi-
ficare, dictum defunctum spontanea voluntate &
vltro instasse apud pręd. suū curatorē, vt vellet re-
cipere dictam donationem. Quia præterquā quòd
contrarium indicāt testes sororis, potuit ante cu-
rator, imò premitur, præd. defunctum solicitasse,
& induxisse, vt filiæ propriæ, scilicet curatoris, do-
naret fraudulenter. Et sic interposita persona fi-
liæ existimans hoc modo licere donare, cum sibi
directo donare non liceret: ius tamen vtrumque
prohibet.

Tertiò, & vltimo in fauorem eiusdem sororis,
facit, quia ipse defunctus grauiter læsus fuit do-
nando, vt optime probatum est in processu in pri-
ma instantia.

18 Præcipue, † quia fuit donatio omnium bonorū
vel quasi, quo casu præsumitur fraus argumento
text. in l. omnes, §. Lucius, ff. quæ in fraud. credit.
Alex. cons. 55. nu. 5. lib. 3.

19 Item † donatio maximè omnium bonorum est
dilapidatio, non autem diligens administratio, l.
fin. ff. de curat. furios. l. filius, ff. de donat. Alexan.
cons. 86. num. 15. lib. 6. quia donare est perdere, l.
contra

contra iuris,§.fin.ff.de pact.

10 Mala † autem administratio sonat potius in-futorem,quam in sanum consilium,l.is,qui,in fi-ne,ff.de tutor.& curat. dat ab his Alex. vbi supra. Maxime cum iste donans haberet sororem pau-perrimam,donare extraneæ species dementiæ est, Quæ lesione sic data, quemadmodum ipse posset auxilio restitutionis in integrum vti aduersus d. donationem propter hanc læsionem iuxta l.secun-dam cum sua glossa ibidem communiter appro-bata,C.de curat.furios.vel prodig.supra allegatas ita & ipsius hæres,quæ est soror præd.

11 Quia beneficium † restitutionis transit ad hæ-redes, & cæteros successores vniuersales, text. est expressus in l. non solum, ff. de restit.in integr.& ibi glo. 1. alia plura iura ad idem allegat, scilicet, l.minor,§.fi.& l.seq.ff.de minorib.& l.4.§.pen.C. de tẽporibus in integr.restit. petend.& alia tradit ben: Ant.Gomez de restitut. minorum num.6.in principio,approbatur hodie in l.8.in fi.tit.fi.pag. 6.declarat bene Matth. de Affli.decis.Neap.2 11. dicẽs fuisse votatũ in consilio Neapolitano, pro-ut dicit Bart.in l.interdũ,ff.de minoribus. Quòd si causa restitutionis in integrũ nõ est principali-ter fauore psonæ minoris, sed causa restitutionis, est deceptio, & læsio,transit talis restitutio ad hæ-redem maiorem. Et ideo beneficium,quod com-petebat minori ratione læsionis competit eius hæ-redi licet maiori. Et quòd ità fuit concessum hæ-redi maiori, non quidem ratione personæ mino-ris,sed ratione, quia minor fuit læsus. Ergo cum in præsenti iste defunctus fuerit læsus in præd.do-natione, vt est bene probatum, & pro parte ipsius hæredis etiam minoris sit petita in integrũ resti-tutio, consequens est,vt ei concedenda sit,ipsique quoque prosit.

SVMMARIA.

1 *Concessio bonorum ecclesiæ in emphyteusim perpetuam est prohibita à iure.*

2 *Hoc fallit, si res fit solita ab antiquo in emphyteusim concedi, vel infeudari, & simul constet de euidenti ecclesiæ vtilitate.*

3 *Debet etiam tunc seruari solennitas consueta.*

4 *Consuetudo disponens circa infeudationem rei con-suetæ infeudari, vt prælatus solus possit eam facere in bonis,in quibus ipse habet administrationem diui-sam a cap. valet.*

5 *Episcopus res ad suam mensam pertinentes vel res cathedralis ecclesiæ alienare non potest sine consen-su capituli,nisi res sit parua, & necessitas magna.*

6 *Episcopus non potest vnionem facere, sine consensu capituli.*

7 *Prælatus non potest vnire ecclesiam suæ mensæ, vel capituli de consensu capituli, quia non potest autho-rari in casu suo proprio.*

8 *Ius canonicum,ita prohibet alienationem rei paruæ bonorum ecclesiasticorum,sicut magnæ.*

9 *Deponitur alienans prædium ecclesiæ,etiã exiguum.*

10 *c.terrulas.12.q.2.intellectus.*

11 *Error iuris quamuis non sufficiat ad vsucapionem,suf-ficit tamen ad acquisitionem fructuum. Sed hoc intel-ligitur de errore iuris actus non assistentis nec interdi-centis.nn.191.*

12 *Emptor contra iuris prohibitionem est in mala fide.*

13 *Error iuris prohibitorij, seu interdictorij inducit ma-lam fidem, sicque impedit fructuum acquisitionem.*

14 *Emens bona ecclesiæ non seruatis debitis solennitati-bus tenetur quoque a fructuum, præter rei ipsius in-debite alienatæ restitutionem.*

15 *Emptor si instaratione motus putasset interuenire so-lennitatem quæ reuera non interuenit; excusatur à fructuum restitutione.*

16 *Vir prudens, & sagax valde hoc casu teneretur ad re-stitutionem fructuum.*

17 *Causa alienationis, vbi fuit legitima, & non fuit serua-ta forma emptor in foro conscientiæ non tenetur ad fructuum restitutionem.*

18 *Nullam esse differentiam inter alienationem rerum minorem & ecclesiarum sine solennitate debita re-spectu acquisitionis fructuum, sed vtroque casu eos esse restituendos.*

CONSILIVM XV.



IN causa illustrissimi Episcopi Placent. cum defensione bonorum magnifici quondam Laurentij super reuocatio-ne, & annullatione alienationis, vt prætenditur factæ eidem de quodam prædio dicto Castaneto mensæ episcopalis pro annuo redditu perpetuo modico atque vili,liquet ex meritis cau-sæ minimè cum consensu capituli dictæ ecclesiæ, prout à iure requiritur concessionem ipsam pro-cessisse in distractione rei ecclesiasticæ requisito iuxta tex. in c.1.de his,quæ fiunt à prælat.sine con-sen.cap.& in c.fine exceptione,12.q.2.Sicq; nobis videtur præfatam alienationem fuisse nullam pro pter non obseruatas solennitates iuris: quoniam

1 ita † à iure prohibita est cõcessio in emphyteusim perpetuam bonorum ecclesiæ, sicut alia quælibet alienatio. cum hęc idem sit vt in ca. nulli.de rebus eccles.non alien. Et præterea in terminis prohibe-tur per extrauagantem Ambitiosę de rebus eccles. non alien. Nam tempore præfatæ concessionis præ dium hoc minime erat solitum in emphyteusim concedi;sed dignitas episcopalis id habebat,atque singulis annis locabat, vt constat ex processu, nec

2 est probatum contrarium. Quo † extante iuxta d. extrauagantem nulla bona ecclesiastica possunt concedi per contractum emphyteuticum vel in-feudari,nisi solita sint ab antiquo in emphyteusim concedi,vel infeudari. Item debet constare de eui-denti vtilitate ecclesiæ, vt valeat concessio, & ali-ter factum est nullum & contrafaciens incurrit pœnas præd. Paulinæ,nisi alienatio fiat cum licen-tia Summi Pontificis, etiam non seruatis solenni-tatibus iuris, vt bene resoluit Petrus Nunnez A-uend.lib.1.de exequend.mãdat.reg.c.4.n.38.Quę licentia Summi Pontificis erat in nnstro casu ne-cessaria, quando quidem alienatio facta non fuit in

in casu à iure permisso secundum Auend.vbi sup. nu. 39.ad fi. & cum defecerit fuit nulla. Et quamuis iure communi attento episcopus possit infeudare bona ecclesiæ, id tamen verum est de bonis solitis infeudari ab antiquo vt in c. fi. de feud.etiã absque solennitate.d.c.fine exceptione.12.q.2.secundum Feli. in c. cum causam.n.15.de sententia & re iud.

3 Debet † tamen seruari solennitas consueta. Hic est cõmunis intellectus. d. c.fi.secũdum Couar.li. 2.var. resol.c.17.n.4. Additaliud d.extraua.scilicet,euidentem vtilitatem:id quod aduertit Auen. vbi supra nu. 37. vers. tertium,& vers.sequent. Et quamuis ad præd. alienationem faciendam præcessir aliqua causæ cognitio vtilitatis, ea tamen vtilitas minime euidens fuit,nec prędium erat cõsuetum infeudari nec concedi in emphyteusim, sicq; pręd. alienationem cõprehendit d. extrauagãs ambitiosę in sui prohibitione,& annullatione.

4 Quo fit, † vt iure optimo existimauerit Felin. vbi supra nu. 14. post Calder. quem refert,valere consuetudinem disponentem circa infeudationẽ rei consuetæ infeudari, vt prælatus solus possit id facere in bonis, in quibus ipse prælatus habet administrationem diuisam à capitulo, vt in d. castanero contingit,quia in eo habet Prælatus administrationẽ diuisam à capitulo,quia est ptopiũ mẽsæ episcopalis. Et tamen nobis minime obest hoc dictum Felin. quia prædium hoc non erat consuetũ infeudari, nec in emphyteusim concedi, ideoque alienatio præd. fuit nulla. Innuit enim Feli.prælatum id facere minimè posse si res non erat consueta infeudari. Et quamuis in sequenti dicat prælatum id facere posse, quamuis non adsit consuetudo, loquitur tamen ipse in re ab antiquo solita infeudari:prædium autem,de quo agimus minime vnquam fuit solitũ infeudari, nec in emphyteusim concedi. Quo fit, vt præd. alienatio episcopi fuerit nulla: maxime concurrente enormissima læsione, quæ adfuit tempore contractus, quæ sola sufficit ad rescissionem ipsius restitutione in integrum petita iuxta tex.in c.ad nostrã de reb.eccl. non alienan. De cuius tex. intellectu latè agit D. Couar.lib.1.var.resolut.c.3.nu.4.8.& sequẽtibus. Maxime tamen interest, quòd alienatio iudicetur nulla ex priori capite, scilicet, ob non seruatas solennitates iuris propter fructus,qui tunc temporis veniunt restituẽdi,vt ex infra dicendis apparebit: qui tamen non restituũtur in casu d.c.ad nostrã,vt ex ipso patet.

5 Confirmantur † superiora,quia etsi sequenda foret opinio Abb. in c. 1. de his,quæ fiunt à prælat. sine consensu c.quem refert & sequitur Syluest.in summa ver. alienatio.n.4.asserentis,quòd episcopus res ad suam mensam pertinentes , vel res cathedralis ecclesiæ alienare non potest sine consensu capituli, nisi res sit parua, & necessitas magna, vt in c.terrulas. 12.q.2.& si non habet capitulum, quia ecclesia est destructa, loco canonicorum aduocet aliquos clericos honestos. Cuius principalis opinio probatur per tex. in c.possessiones iuncta

sua gl. 1.ad fin.de reb.ecclesi.non alienand.& glo. 6 1. in c.fi.12.q.2. Vbi † expresse tenet quòd episcopus non potest alienare rem ad suam mensam pertinentem, nisi de consensu canonicorum & causa subsistente.

Imo episcopus non potest vnionem facere, sine consensu capituli, clem. si vna de reb.eccles.non alien.licèt vnio non sit ita prȩiudicialis,sicut alienatio,vt tradit Ioan. Baptista de Caccialup.in tractatu de vnion. artic. 6.nu.1.& 14.vol.15.tractat. diuers.doct.fol.151.

7 Imo † ecclesiam suæ mensæ,vel capituli non posset vnire prælatus de consensu capituli, quia non potest authorari in casu suo proprio,vt in d.clem. si vna secundum Petrum de Perus.in eodem tract. de vnion. ca.5.nu.19.& 20.fol.155. Adhuc in nostro casu alienatio erit nulla, quia fuit facta sine consensu capituli , & sic non fuit seruata solennitas, quam Abb. requirit. Nec etiam necessitas aliqua aderat, vel probatur adesse tempore præfatæ alienationis, quæ eam posset iustificare, quo fit vt doct. Abb. post glossas,& sequacium sit in nostrũ fauorem.

Superest modo, vt satisfaciamus allegationi præcipuæ aduersæ partis, quæ nititur super intellectu.d.ca.terrulas.12.q.2.& similium, asserentis, castanetum præd.esse prædiolum paruum,modici que laboris , ac proinde solum episcopum absque alia solẽnitate potuisse id alienare,iuxta dictũ tex.

8 Cui † respõdeo,quòd ius canonicum,ita prohibet alienationem rei paruæ bonorum ecclesiasticorum,sicut magnæ,sic in d.ca.fine exceptione,ibi quicquam. per quem tex. ita notat, & probat cum aliis Rebuff.in compend.alien.rerũ eccles.nu.58.

9 Imo † deponitur alienans prædium ecclesię, etiam exiguũ,vt in c.quicunque,1. 17.q.5.ibi prædium magnum,vel exiguum,vel quicquam de iure ecclesiæ alienare tentauerit.

10 Nõ † obstat d.c.terrulas:quia loquitur expresse, & procedit in terris exiguis,& minus vtilibus, aut longe positis, quæ quidem possunt sine solennitate alienari,secus in aliis,& ad hoc accedit omnis pene turba doctorum secundum Rebuff. vbi supra,num.60.qui alium nouum intellectum assignat illi tex. in nostrum fauorem. Potest etiam,& ille tex. intelligi iuxta tex. in c.d.fine exceptione, in illis, videlicet, rebus, quæ ecclesiæ plus incommodi quam vtilitatis afferunt. Verbi gratia,si plus expenderetur in reædificatione vel cultura, quàm recolligeretur ex reditibus, vel fructibus earum, vt notat Rebuff. vbi supra,n.124.& nu.125.refert, quatuor requisita ad hoc,vt procedat. d.ca.terrulas. Primò quòd res sit exigua, & modica, vt probat text. ibi terrulas, & ibi, exiguas. Secundò quòd non sit ecclesiæ vtilis, ibi , Ecclesiæ minus vtiles. Tertiò,quòd necessitas fuerit,ibi, si necessitas fuerit. Quartò quòd licèt ille tex. dicat his concurrẽtibus posse omitti consilium fratrum,aliæ tamen solennitates requiruntur, cum illæ non sint sublatæ in illo text. sed tantum consilium fratrum,in cæteris autem nihil est immutatum, vnde quare extare

rerum ecclesiæ sine debita solemnitate contingit, quia omnia iura id prohibent atque interdicunt, vt supra quoq; cum communi est dictum, per quã declaratur, & limitatur prima cõmunis opinio in cõtrarium adducta, vt idẽ interpretes sigillatim fatentur, atque testantur,* & refert plures Lãberten.
19 vbi suprà nu. 121.* Secũdo† modo potest responderi, non esse veram d. cõem opinionem pro contraria parte adductam, imo verius esse indistinctè iuris errorẽ nõ prodesse ad acquisitionẽ fructuũ vt subtiliter, & cũ iudicio optime defẽdit Pinelus vbi supra pluribus numeris tenens quoque contra eandem receptã sententiam nullam esse in hoc differẽtiã inter alienationem rerum minorũ, & ecclesiarũ sine solemnitate debita respectu acquisitionis fructuũ, sed vtroq; casu ipsos esse restituẽdos p bona iura & rationes quas adducit optime satisfaciens iuribus in contrarium adductis. Tandem. n. 43. non dubitat (si attente, & cum iudicio per eum adducta attendãtur) non solum verius, sed & receptius dicendum fore, vt error iuris ad acquirẽdos retinendosque fructus non valeat, quicquid sit in alijs. In rebus ecclesiæ alienatis non seruata iuris solemnitate constitutum atque receptissimum est, idque verissimum ex iuribus supra allegatis errorem iuris non sufficere ad fructus acquirẽdos, imò ipsos simul cum re male alienata esse restituendos vt in d. l. iubemus nulli. §. prædia. & in d. c. si quis presbyterorum & communi resolutione doctorum iuris decisione munita, quę minime admittũt restrictionem Innocentij & sequacium, neo ipsa vera vllo modo potest esse in nostro casu per supradicta,* eandem communem sententiam veriorem esse arbitratur plures authores eam tenentes referens Lamberten. vbi sup. nu. 119. & 123.*

S V M M A R I A.

1 *Omnis conuentio, vel contractus dolo, vel metu celebratus, etiam cum iuramento annullatur, vel rescinditur, impetrata prius absolutione a iuramento.*
2 *Metus cadens inconstantem virum is est qui illatus cogit quam eligere minus malum ob maius malum sibi imminens effugiendum.*
3 *Minor metus exigitur in fæmina quam in viro.*
4 *Metus hic probatur coniecturis, indicijs, & per testes.*
5 *Metus coactionis sufficit ad rescindendum contractum etiam iuratum.*
6 *Metus tormentorum idem operatur quod quæstio ipsa.*
7 *Metus naufragij idem operatur, quòd naufragium ipsum.*
8 *Timor armorum idem operatur quod arma ipsa operarentur.*
9 *Qui est armatus ad latus alicuius, licet arma non moueris, dicitur opem ferre ei, cui astat.*
10 *Metus iustus, qui cadere possit in cõstantem virum matrimonium vitiat, etiamsi arma semel sumpta fuerint deposita.*
11 *Timor inferendæ violentiæ, licet illata non sit, electionem vitiat.*
12 *Metus cadens in constantem virum, quis dicatur, relinquitur arbitrio iudicis.*
13 *Iudex prudens ac diligens iustum metum arbitrabitur iuxta personarum qualitatem.*
14 *Testibus duobus de metu deponentibus magis credendũ est, quam centum vel mille de spontanea voluntate.*
15 *Metu probato, actus ob eum factus etiam ex interuallo vitiatur.*
16 *Metus reuerentialis cum minis prolatis à solito eas exequi, sufficit ad rescindendum contractum.*
17 *Metus patris, vel matris, quibus casibus sufficit ad rescindendum contractum, sufficit etiam metus fratris illatus sorori iuueni: idem est in fratre respectu fratris maioris natu, & in metu reuerentiali patrui.*
18 *Probabilis est coniectura metus, cum quis cum eo contrahit, quem in superiorem recognoscit, & cui aduersari non auderet.*
19 *Maioris præsentia, quando sola ipsa metum probabit.*
20 *Metus reuerentialis cum enormi læsione simul, operatur contractus etiam iurati rescissionem.*
21 *Contractus etiam iuratus rescinditur ob solam enormissimam læsionem absque metu impetrata absolutione à iuramento.*
22 *Magna quantitas, vt dicatur enormissima læsio dicitur sexta pars totius & nu. 23. ponuntur exempla quæ in practica contigerunt enormissimæ læsionis, ob quã fuerunt rescissi contract us.*
23 *Interuentus amicorum, vel propinquorum non sufficit ad tollendum metũ præcedentem, licet grauet actorem onere probandi metum duriorem, vel grauiorem minus purgat prædict. metum, si enormem læsionem quis ex contractu passus sit nu. 24.*

CONSILIVM XVI.

IN nomine Domini amen. Viso processu inter dominam Catherinam ex vna, & matrem & fratrem ipsius ex altera partibus super annullatione, vel rescissione instrumenti ab eadem filia vi confecto, in quo annullauit aliud instrumentum prius à matre confectum in fauorẽ ipsius, atque fratris sui, quo promisit neminem filiorum meliorare, sed quod ambo, scilicet, frater & soror diuiderer æqualiter bona materna, intentio atque petitio eiusdem Catherinæ satis iusta videtur atque pro ea esse necessario pronuntiandum, nempe quod instrumentum factum à præd. filia, sit nullum, vel saltem rescindẽdum, confectum verò prius à matre esse seruandũ, atque per consequens minime posse præd. matrẽ d. suum filium in aliquo meliorare: sed omnia bona ipsius æqualiter esse diuidenda post mortem suam inter dictos suos liberos, sequentibus fundamentis ostenditur.
1 Primò † quia omnis conuentio vel contractus dolo vel metu celebratus etiam cum iuramento, annullatur, vel rescinditur impetrata prius absolutione à iuramento, vt in authen. sacramenta puberum, C. si aduers. vend. ibi, per vim autẽ vel per iustum metum extorta. Idem probat text. in capit. quamuis pactum, de pact. in 6. ibi, non vi, nec dolo præstito. & in cap. si vero, & in c. cum contingat de

iureiur. ibi, siue vi, vel dolo cum simil. & vbique
notant cōiter Doct. & ipse post eos scripsi in præd.
locis referens leges regias idem probantes. Vnde
cum in præsenti processu sit probatus metus, & coa
ctio tribus testibus contestibus, consequens est, vt
præd. scriptura à filia celebrata veniat annullanda,
vel saltē rescindenda, etiam si sit iurata cum fuerit
prius impetrata absolutio à iuramento & in pro-
2 cessu producta. Et † quod metus probatus, sit suf-
ficiens, probo, quia metus cadens in constantem
virum, is est, qui illatus cogit quem eligere minus
malum, ob maius malum sibi imminens effugien-
dum, vt ex pluribus probat, & sequitur D. Couar.
in 4. de sponsal. 2 part. cap. 3. §. 4. nu. 2.

3 Minor † autem metus exigitur in fœmina, quam
in viro, vt ibidem idem author resoluit in nu. 9.

4 Et probatur † metus hic coniecturis, indicijs &
per testes, vt tenent Bar. in l. ob turpem, ff. de con-
dit. ob turp. caus. Doctores in l. interpositas, C. de
transact. D. Couar. vbi supra, cap. 5. num. 10. Me-
noch. de arbitrar. iudic. lib. 2. centur. 2. casu 136.
nu. 2. & 3.

5 Quo fit, † vt non solum coactio ipsa, sed metus
coactionis sufficiat ad rescindendum contractum,
etiam iuratum, quia metus propie dicitur, quasi
periculum imminens, nam si fieret coactio realis,
vis nuncuparetur. Si igitur solus dolus sufficit ad
annullandum, vel rescindendum contractum iu-
ratum, quis maior dolus potest esse, quam metus
cadens in constantem virum, vel fœminam? Pa-
ria enim sunt, idemque operatur metus coactio-
nis, quod ipsa coactio, vt probat text. in l. nouissi-
mè, ibi, metuens ne compelleretur, ff. quod fals.
tut. autho.

6 Ex quo † tex. notant ibi Dinus & Bald. idem ope
rari metum tormentorum, quod quæstionem ip-
sam. Et eandem opinionem sequuntur plurimi,
eosque in vnum congerens Illustrissimus D. Ant.
de Padilla in l. eum proponas. la 1. num. 3. & 4. C.
de transact.

7 Vnde † ipse probat numeris sequentibus idem
etiam operari metum naufragij, quod naufragiū
ipsum, vt in l. Pædius, ff. de incendio ruin. & nau-
8 frag. Atq; † idem operatur timor armorum, quod
arma ipsa operarentur vt in l. 3. §. armis deiectum,
ff. de vi & vi armat. vbi illum text. in hoc expen-
9 dunt Bart. & Angelus. Vnde † qui est armatus ad
latus alicuius, licèt arma non mouerit, dicitur opē
ferre illi, cui astat vt ibi plures allegās probat n. 7.

10 Quare † cum iustus metus, qui cadere possit in
constātem virum matrimonium vitiet vt in c. ve-
niens el secundo & in c. consultationi, de sponsal.
etiam spirituale, vt in capit. 1. de his, quæ vi metus
ve caus. fiunt, habebit id etiam locum, vt iustus me
tus fuisse dicatur, etiam si arma semel sumpta fue-
rint deposita, vt cum Alexan. Curt. & Alciat. de-
ducit idem D. Illustrissimus Anton. de Padilla vbi
supra, nu. 7.

11 Addens, † quod timor quoque inferendæ vio-
lentiæ licèt illata non sit, vitiabit electionem iuxta
glo. notabilem in cap. bonæ. 1. verb. metuebant de
electio. quam ibi sequuntur omnes, & præterea
Alex. consil. 98. numero 5. volumine 3. Quæ om-
nia eò adducta sunt, quoniam expressa, imò à for-
tiori in fauorem d. Catharinæ esse videntur cum
sit probatum, metum armorum sibi illatum fuisse,
vt annullaret primam scripturam in sui fauorem
à matre confectam: nempe quòd mater ipsa filio
præcipiebat, vt ipsam filiam occideret, dicens occi-
de, occide eam, aliaque verba minarum in eā pro-
ferebat, probris & conuitijs ipsam afficiens, ita vt
non sponte nec libere, sed coacte condescenderit
in voluntatem matris. Et quòd adhuc ita coacta
minime consentiret, nisi tunc temporis admonita
fuisset à quadā Maria teste prædicti metus, & coa-
ctionis, vt annullaret præd. scripturam, quia ipsa
à quodam iuris perito acceperat esse nullius mo-
menti, quod ab ea factum esset metu aut coactio-
ne, vt omnia prædicta affirmant testes in suis de-
positionibus iuratis. Quæ cum domi, noctu & clau
sis ianuis contigerint, materque & filius aduersus
puellam virginem atque minoris ætatis sibiquè
subditam ea patrauerint, nimirum, quod aliter me
tus probari nō potuerit, maximè quia probantur
etiam minæ factæ eidem, quod si ipsa voluntatem
eorum non faciebat, nempe annullare præd. in-
strumentum, eam matrimonio minime colloca-
rent. Quis ergo sanæ mentis erit, qui has minas
grauiores, metumque maiorem alio quocunque
metu non iudicet in puella decora nimis maxime
affecta cupiditate, & desiderio nubendi? Præma-
ximè, cum sit probatus metus alijs modis illatus.

12 Cum igitur † arbitrio iudicis relinquatur, quis
dicatur metus cadens in constantem virum iuxta
glos. communiter receptam dict. l. interpositas, C.
de transact. & ibi Doctores præcipuè D. Anto. de
Padilla, nu. 13. qui communem affirmat ex testi-
monio D. Couarru. dict. cap. 3. §. 4. nu. 8. Sequitur
plurimos referens dicensque, quòd omnes fere no
stri hoc dixerunt, Menoch. de arbitr. iud. lib. 2. cen
turia 2. casu 135. nume. 3. vbi nume. 4. & 5. inquit
13 ex Innocen. & alijs, quod † iudex prudens ac dili-
gens iustum metum arbitrabitur iuxta persona-
rum qualitatem, sicque minor metus cadit in pue-
rum, quam in virum vt docet experientia.

14 Adeo † vt magis credendum sit duobus testibus
de metu deponentibus, quam centum; vel mille
de spontanea voluntate vt asserit Innocent. in cap.
super hoc, de renunc. num. 2. in versicu. inducunt
autem pro se. Quia qui deponunt de metu, id
quod asserunt sensu corporeo percipere potue-
runt, illi autem, qui testantur actum sponte, & li-
bere gestum cum res sit animo recondita non po-
tuerunt id sensu corporeo percipere. Quare opi-
nionem Innocentij sequuntur plurimi relati per
D. Anton. de Padilla, vbi supra, nume. 14. vbi te-
statur communem esse, de quo diximus supra con
silio ab hinc 2. Bonus atque circunspectus iudex
arbitrari iure optimo debet, probatū esse sufficien
ter metum in proposito ex omnibus supra di-
15 ctis. Imo † probato metu actus ob eum factus, e-
tiam ex interuallo vitiatur: quia videtur metu fa-

ctus

ctus durante causa metus, vt bene concludit Bart. in l. 2. ff. de cond. ob turp. causam, quem refert & sequitur valde commendans Roder. Suar. allegatione 24. in versi. adde etiam, elegans dictum Bartoli, item Ias. in §. quadrupli, num. 67. Institut. de actio. vbi Additio alios refert; sequitur plures referens Philip. Decius consi. 498. num. 16. & cons. 690. num. 11. & 12. & Anto. Gom. 2. tom. c. de restit. min. num. 27. versic. item adde. Vbi loquitur, etiam si fiat talis actus, vel contractus ex maximo interuallo.

16 Secundò † principaliter iustitia eiusdem Catherinæ probatur euidenter. Quia licet solus metus reuerentialis non sufficiat ad rescindendum contractum iuratum secundum communem, quãuis glo. in l. 1. §. quæ onerandæ, ff. quarum rerum act. non detur, & alij contrarium velint: si tamen minæ præcedant ab illo, qui solet eas in executionem ducere, licet eas tunc temporis non exequatur, iuncto metu reuerentiali sufficiunt ad rescindendum præd. contractum, vt tenet declarans materiam hanc Bart. in d. §. quę onerandæ, quem sequitur Abb. in d. c. cum contingat, & ibi Alciat. in primis columnis. Sequitur optime probans Roderic. Suarez d. alleg. 24. ad fi. Vbi exemplum fingit quando pater est homo crudelis, austerus, & seuerus erga filios, & alios sibi non obtemperantes, & homo prætendens lucra & interesse, crudelis contra filios nõ facientes, id quod venit in eius commodum, & filius est multum obediens patri, est etiam modicæ ætatis, est etiam mulier, quæ est imbecillis, & in qua minor metus sufficiat. Refert, & sequitur nouissime Ignatius Salzedo in adnotat. ad reg. 532. Bernard. Diaz in 2. limitat. Quæ omnia concurrunt, & sunt probata in nostro casu, & præsenti processu: cum d. Catherina sit filia minor, modicæ ætatis, & obediens matri, eique subiecta, tam ratione reuerentiæ iure naturali debitæ tanquam matri, quam ratione curę, quam mater in filiam & ipsius bonis habebat, vt constat ex processu mater etiam, crudelis, rigida nimis, & austera, solitaque exequi suas minas & amicissima eius, quod sibi intersit; vt optimè probatũ existit. Mire igitur conuenit casus noster. cũ supradicto, quem Bart. & Roderic. Suarez vbi supra fingunt. imo est idem in quo rescindi debet actus. Quam etiam opinionem principalem sequitur, & testatur communem D. Couar. d. cap. 3. §. 6. num. 4. & Ant. Gomez, vbi sup. d. nu. 27. & D. Ant. de Padilla in d. l. interpositas, num. 16. vbi plurimos alle-
17 gans testatur eam esse communem. Et † num. 21. ad fi. inquit post alios, quòd quibus casibus patris, vel matris metus sufficiens est ad rescindendum contractum, sufficit quoque metus fratris illatus sorori iuueni, & idem in fratre respectu fratris maioris natu, & in metu reuerentiali patrui esse affirmat ex authoritatibus ibi per eum allegatis. Eandem sequitur cum alijs Ignatius Salzed. vbi supra in fine.

18 Sic † probabilis est coniectura metus cum quis cum eo contrahit, quem in superiorem recognoscit & cui aduersari non auderet, vt in filio erga patrem ita censuerunt Aret. consi. 24. num. 6. qui idem dixit esse de sorore quæ cum fratre contraxit & Socin. iunior consi. 47. nu. 32. & 33. lib. 3. Qui ait solam ipsam reuerentiæ causam probabilem esse, qua rescindatur contractus, quod respondet & Ripa libro 3. respon. cap. 15. num. 8. in fi.

19 Et licet † supra diximus, & præterea affirmet Soc. iun. cons. 77. num. 154. lib. 1. & consil. 67. nu. 39. lib. 2. & Boerius q. 100. nu. 11. metum reuerentialem non præsumi ex sola maioris pręsentia, nisi cum illa intercesserit, vel læsio, vel minæ, tamen si ipsa maioris præsentia iudicis arbitrio huiusmodi sit, vt probabiliter metus dici possit, vt interueniẽte enormi damno sola ipsa metũ probabit, quemadmodum respondit Soc. iun. d. cons. 47. num. 43. lib. 3. quem & supradicta sequitur Menoch. de arbitr. iudi. lib. 2. cent. secunda casu 136. nu. 6 & sequentibus. Cum igitur in præsenti processu sit probatus metus per matrem crudelem, & austeram illatus, solitamq; exequi suas minas, item & per fratrem maiorem in sororem minorẽ, & quilibet metus reuerentialis per se solus cum minis sufficeret, consequens est, vt optimè sit probatus præd. metus in proposito illatus à duab. personis simul in fœminam minorem, eandemque filiam & sororem illisque subditam & obedientem.

20 Tertiò & † quidem peremptorie iustitia dictæ Catherinæ manifestissimè ex eo probatur: quia etiam sublata probatione metus læsio maiori vel minori contingens vltra dimidiam iustæ æstimationis simul cum metu reuerentiæ, & obsequij paterni, aut maritalis operatur contractus rescissionem, vt ea fiat ratione præd. metus, licet iuramentum conuentioni accesserit. Quia dolus præsumitur in ea conuentione adhibitus, & oppressio quædam, saltem reuerẽtia patris, vel mariti. Alioquin enim non est verosimile, quod tantæ læsioni filia vel vxor consensisset. text. elegans in l. si superstite, C. de dolo, quo fundamento hanc opinionem in terminis probarunt Paulus de Castro, Corneus & Aretin. & Aymon Crauet. & eos referens D. Couar. de pact. in 6. tertia parte relect. §. 4. num. 7. vbi se refert idem tenentem in quarto lib. decretal. secunda parte, cap. 3. §. 6. num. 4. & ante eum tenet Alciat. in d. cap. cum contingat, nu. 2. Hanc testatur esse communem opinionem plures referens D. Ant. in d. l. interpositas, num. 21. dixi egn in authentica sacramenta puberum, num. 93. & 94. C. si aduers. vendit. & Salzedo vbi supra, limitatio. 5. Qui omnes loquuntur in enormi læsione cum reuerentia paternali, vel mariti. Mater namque parens est: & idem in reuerentia fratri debita a sorore probatum est supra. Cum ergo in proposito enormis læsio contingat, vt est probatum, imò & enormissima, vt infra latius considerabitur, item & reuerentia parentis eiusdemq; curatricis, quia tutor loco domini habetur, vt in l. interdum la 2. vers. qui tutelam, ff. de furt. item & fratris, quæ etiam est considerabilis in proposito, constat manifestissimè rescindendam esse omni-

no d. vltimam scripturam a præd. filia celebratam, licet iuramentum ei accessetit; quandoquidem fuit impetrata absolutio ipsius & in processu producta, & multo fortius probato insuper dicto metu & coactione.

21 Quarto & † vltimo eadem pars probatur; quia quantumcunque in actu aliquo accesserit iuramentum, adhuc data & probata enormissima læsione annullatur, & rescindi debet contractus ille, secluso etiam metu reuerentiali, saltem impetrata absolutione à iuramento, vt plures allegans testatur hanc esse communem opinionem eam sequutus D. Couar. de pact. in 6. 3. parte relect. §. 4. num. 3. & sequentibus. Quam opinionem latissime defendit Alciat. in d. c. cum contingat, num. 77. ad fin. & pluribus sequentibus & Arias Pinel in repet. l. 2. 3. parte cap. 1. num. 8. C. de rescind. vend. ipse in d. authen. sacramenta puberum, nu. 92. vbi plurimos refero idem tenentes. Vltra quos eandem opinionem tenet Marianus Socinus Iun. testatus communem cons. 47. nu. 40. & sequentibus in tertia parte cons. sequitur idem cons. 53. nu. 2. & 3. li. 3. & cons. 48. nu. 23. li. 1. Itaque hęc est receptissima, & constitutissima opinio.

22 Magna † autem quantitas in proposito, vt dicatur enormissima læsio dicetur sexta pars totius iuxta Bartoli doctrinam in l. si societatem, §. arbitrorum, num. 25. ff. pro soc. cuius sententia est cõmunis secũdum D. Ant. de Padil. in l. 1. nu. 41. ff. de leg. 2. vbi refert aliam cõmunem opinionem; quæ habet hoc relinqui arbitrio iudicis.

23 Et exemplum in practica contingens circa hãc enormissimam læsionem ponit Cassiodorus decisio tit. de emptione dicens hanc sententiam Romæ in prætorio Rotæ seruatam maiori iudicum parte suffragante, cum res, quæ iusto pretio bis mille & tercentum aureos valebat mille, tantum fuisset vẽdita. Et idem inquit D. Coua. lib. 2. var. resol. cap. 4. nu. 5. vidisse diffinitum in regio Granatensi prætorio in prima & secunda supplicationis sententijs, cum domus quædam æstimationis iustę ter mille & quingẽtorum aureorum, vendita fuisset mille & quingentis aureis, & id maximã æquitatem habet secundum eundem.

In hoc autem processu constat probatam esse enormissimam læsionem, quia testes vtriusque partis deponunt contigisse magnam læsionem. Item pars aduersa idem in effectu fatetur: quoniã plura bona magnę quantitatis declarat se habere. At tertia, & quinta pars eorum, In quibus prætendit meliorare filium suum, est quasi dimidiũ omnium bonorum. Cum ergo filia ex prima scriptura habeat ius acquisitum ad dimidiam partem bonorum matris, quia sunt tantum frater & soror eiusdem matris, inter quos æqualiter omnia bona ipsius erant diuidenda iuxta d. priorem scripturã, recedere ab ea ipsamque annullare, & enormissima læsio est, quandoquidem si hæc annullatio valeret, & mater posset meliorare præd. filium masculum in tertio & quinto bonorum eundemque meliorarer, auferretur filiæ non solum sexta & quarta bonorum, verum omne id quod iustè ex prima scriptura acquisitum habebat, & sic enormissima læsio per eius contingeret, quandoquidem nihil sibi remaneret præter legitimam, quæ non vi prioris pactionis, sed iure naturali item & ciuili sibi debetur.

Nec obstat, quod mater postea dederit in dotẽ filiæ certam magnam quantitatem pecuniæ, quia hoc fuit datum in legitimam, vt in instrumento dotali continetur; non vero per viam meliorationis. Quia filia meliorari non potest ratione matrimonij inter viuos, vt in l. regia de Madrid, 101. ann. 1534. prouisum fuit.

Nec etiam obest, quòd testes instrumentarij præd. scripturæ à filia per metum celebratæ sunt amici & consanguinei, & deponunt nullum metum tunc temporis illatum fuisse. Quia vt dictum & probatum est coactio & metus fuit prius illatus, vt filia præd. instrumentum celebraret, quo tempore ipsi testes non fuerunt præsentes, sed alij examinati & deponentes in fauorem ipsius filiæ, quibus magis credendum est, quam de spontanea voluntate deponentibus, quamuis eodem tempore fuissent præsentes, vt supradictum est, maximè diuerso tempore, duranteque semper causa metus.

Secundo modo resp. quòd vltra supra dictum metum alia plura simul concurrunt, vt visum est, quorum singula operantur etiam actus iurati rescissionem, vt supra quoque probatum est. A fortiori igitur omnia simul iuncta idem operabuntur.

24 Tertio † respõdeo, quòd interuentus amicorũ, vel propinquorum non sufficit ad tollendum metum præcedentem, nec eum purgat, licèt grauet actorem onere probandi metum duriorem, & grauiorem secundum veriorem opinionem quam refert ex Bald. Paulo, & Felino, Anton. Gomez vbi supra de restitutione mino. 27. ad fin.

25 Quarto respond. † quòd licet interuentus amicorum vel propinquorum purgaret præsumptionem metus; id tamen non habet locum si enormem læsionem quis ex contractu passus sit, vt ex alijs refert Boer. decis. 9. quos sequitur D. Anton. de Padilla, in l. transactionem, quæ dominij, numero 9. C. de transact. Ergo cum in præsenti casu enormis non solum, sed enormissima quoque læsio intercesserit vt supradictum est, cõsequens est, vt metus præcedens minime purgatus sit per interuentionem præd. testium tempore dictæ scripturæ à filia metu celebrata. Et ita pronuntiatum fuit in hac causa pro filia contra matrem, & fratrem, & fuit rescissa præd. secũda scriptura & iussum, vt seruetur prior, ac proinde vt bona materna æqualiter diuidantur inter præd. fratrem, & sororem, sublata matri facultate meliorandi in aliquo præd. filium masculum.

SVMMARIA.

1 *Iudex potest præfigere terminum breuem hæredi instituto, intra quem adeat, vel repudiet hæreditatem ad instantiam creditorum ad effectum, vt alias prouideatur curator hæreditati, qui respondeat creditoribus, non vero ad totalem exclusionem hæredis. Imo isto casu si hæres vult esse curator bonorum prouidendus est, num. 4.*

2 *Dies incertus pro conditione habetur.*

3 *Hæres institutus sub conditione nõ potest adire quousque verificata sit conditio.*

5 *Præscriptio non currit in obligationibus ad diem vel sub conditione ante euentum conditionis, vel diei.*

6 *Conditio suspendit dispositionem & ipsius effectum quousque conditio impleatur.*

7 *Contra hæreditatem iacentem nulla currit præscriptio.*

8 *Tacens non videtur consentire, quando etiam si contradiceret, actum non posset impedire.*

9 *Hæres non tenetur adimplere conditionem quam primum possit, sed quandocumque in vita sua potest implere.*

10 *Hæres compelli non potest implere conditionem, quia non ita grauandus est sicut legatarius.*

11 *Maius periculum vertitur in proposito in institutione ne testator maneat sine hærede, quam in legato.*

12 *Conditio mixta tam in hæreditatibus, quam in legatis potest quandocumque impleri.*

13 *Conditio, si nupserit, tam in hæreditatibus, quam in legatis potest quandocumque impleri.*

14 *L. 2. § ad filiorum, C. quand. & quibus. 4. pars debe. lib. 10. intellectus.*

15 *Protestari, aut curare aliquid non tenetur quis eo casu, quo, factis diligentijs nihil prodesset.*

16 *Implere habens conditionem, sub qua institutus est hæres, non debet interpellari.*

17 *Conditio deficit facto contrario eius, cui apposita est, & nu. 18. quòd habetur pro impleta quando non stat per implere debentem.*

19 *Factum iuxta conditionis appositæ tenorem videtur factum in dubio gratia implendi conditionem si faciens habebat notitiam conditionis.*

20 *Destinatio in dubio in dotibus facit emptionem, maximè facta mentione pretij nu. 21. Et pretium in proposito semper in dubio iustum esse præsumitur num. 23. Et capienda est semper coniectura quoties potest vt æstimatio faciat emptionem nu. 24.*

22 *Prædium æstimatum datum in dotem libere efficitur mariti, adeo, quia per eius hæredes retineri potest.*

25 *Molendini positi iuxta flumen potius speratur diminutio, quam valoris incrementum: ideò potest alienari per prælatum, & tutorem, nu. 26.*

27 *Bona simpliciter absque æstimatione tradita in dotem, præcedente tamen ipsius promissione in pecunia numeranda videtur tradità æstimato prędictis pecunijs in dotem promissis.*

28 *Ex geminatione verborum præsumitur deliberatio, & non potest contrauenire.*

29 *Bonis dotalibus ęstimatis traditis, vera dos est preciũ.*

30 *Mulier recipiens æstimationem aliquorum bonorum dotalium ab initio conuentam, in cæteris sibi præiudicat respectu æstimationis.*

31 *Res dotales quando æstimatio emptionem non facit, pereunt periculo mulieris.*

32 *Promissione dotis facta in pecunia numeranda licet postea bona tradantur pro resolutione ipsius, non ob hoc partes videntur à prima conuentione recedere.*

33 *Talis censetur mens partium in traditione dotis, qualis fuit in constitutione.*

34 *Aestimatio rerum dotalium non facit emptionem si pactum sit, quòd res ipsæ soluto matrimonio reddantur.*

35 *Maritus si promiserit, quod soluto matrimonio res dotales restituentur ijs modis, & formis quibus datæ fuerunt, intelligitur quoad æstimationem. Idem erit si dicatur quòd bona dotalia essent ipsius vxoris, vel quod ipsi dantur, vt in nume. 36.*

37 *Venditio bonorum alienorum domino consentiente bene valet & tenet.*

38 *Mulier potest sibi dotem constituere de bonis suis penes tertium existentibus, vel pecunijs sibi debitis.*

39 *Aestimatio in dotibus facit emptionem etiam si a principio conuenisset, vt nominarentur ęstimatores bonorum, licèt posteà non interuenirant: quia ipsæmet partes æstimauerunt, & nu. 40.*

CONSILIVM XVII.



IN nomine Domini nostri Iesu Christi, Amen. Præsupposita clausula testamẽti Didaci, qua instituit hęredes suos legitimos Gundisaluum suum consobrinum & dominam Mariam neptem ex sorore, ipsiusque Didaci vxoris etiam neptem ex alio latere, & præcipit, vt ambo supradicti, nempe Gundisal. & Maria matrimoniũ inter se simul cõtraherent, & quòd portio illius, per quem steterit accrescat alteri illorum, qui teneatur matrimonium contrahere cum consanguinea eiusdẽ testatoris, eaque lege ipsos hæredes instituit: contingit, quod intra annum, & dimidium à die mortis testatoris d. Maria nupsit alteri, dicto Gundisal. minimè requisito. Quinimo instrumento publico declarauit, se nunquam voluisse adire d. hæreditatem, nec eam velle, sed ipsam repudiauit. Quo etiam visa fuit, noluisse nubere d. Gundis. sicque non adimpleuit. d. conditionem nubendi cum eo. Ac proinde tota hæreditas acquisita est d. Gundisaluo, qui postea duxit in vxorem aliam propinquam consanguineam testatoris, adimplens quod ipse præcepit, vt late probabitur consilio sequenti super prælegato facto per eundem testatorem eidẽ Mariæ, ideo non repetam. Satisfaciam tamen his quæ in contrarium adducuntur. Postea agam, an æstimatio bonorum dotalium vxoris d. testatoris fecerit emptionem: ita quòd hæres ipsius, qui est d. Gundisal. possit illa rehabere offerendo præd. æstimationem nec ne? Quia super hoc vertitur secunda principalis dubitatio huius processus.

Primo circa d. hæreditatem, quo minus eam possit consequi d. Gundisal. allegatur, quod ei fuit præfixus terminus a iudice competenti, intra

quem

quem adiret, vel repudiaret præd. hæreditatem, aliàs, quòd haberetur pro repudiante: & quòd hęc sententia interloquutoria fuit intimata d. Gundi-
1 ſal. Sed hoc † non obeſt, quia d. ſentẽtia fuit prolata ad eum tantum finem, vt ipſo non declarante in d. termino conſtitueretur curator, ſiue defenſor bonis hæreditatis iacentis, vt ſoluerentur debita creditoribus hæreditarijs, & ad inſtantiam ipſorum, quod iudex facere poteſt, non verò, vt hæres excluderetur omnino a pręd. hæreditate, nec a iure adeundi ſibi competenti infra terminum longiorem iuris; quem terminum iudex abbreuiare minime poteſt ad omnimodam exclusionem hęredis ab hęreditate, ſed tantum, vt prouideatur curator, & defenſor bonis, qui reſpondeat creditoribus, vt ſatis fiat debitis defuncti, quemadmodũ decidit Bal. in Rubr. C. de ſucceſſ. edic. num. 2. & Grego. Lopez in glo. alomenos in l. 2. tit. 6. par. 6. Quod ſi aliter, proceſſus eſſent nulli, prout multos ſe feciſſe ob hoc annullari ſcribit Bar. relatus, & ſequutus per illuſtriſſimum D. Ant. de Padilla in l. ſi emancipata, nu. 43. & 44. C. de iuris & fact. ignor. vbi dicit communem: retuli ipſe in mea repetitione, §. ſui, num. 109. inſtit. de hęred. qualit. & different. Errantque aſſeſſores terminum minuentes, inquit ipſe Bart. in l. ſi quis inſtituatur, §. 1. ff. de hęred. inſtituendis. Prætereà in noſtro caſu minime poterat ex alio, d. Gundiſal. declarari a iudice pro repudiante. Quoniam inſtitutio ipſius & d. Marię fuit conditionalis, nempe, quòd ſimul inter ſe contraherent matrimonium aliàs & contra, vt ſupra viſum eſt, tum pręterea pręd. teſtatoris diſpoſitio refertur ad tempus ſiue diem incertum, quia teſtator neſciebat an nec quando eſſet implenda dicta conditio.

2 Dies † enim incertus pro conditione habetur, vt probat text. in l. 1. §. dies & in l. quibus diebus, §. quidam, ff. de condit. & demonſt. quem text. ad hoc allegat Angel. conſ. 120. nu. 3. idem notat Anton. Gomez 1. tom. c. 5. num. 9.

3 Cum igitur † fuerit, conditionalis pręd. inſtitutio, etiam ſi pręd. cõditio eſſet poteſtatiua (quod diffiteor, quandoquidem dependeat à voluntate alterius, & ſummi Pontificis, ſi diſpenſauerit, & ita potius poteſt appellari mixta cõditio) non potuit d. Gundiſal. adire præd. hæreditatẽ, quouſq; pręd. conditio adimpleta, & verificata fuiſſet, vt probat text. expreſſus in l. ſi quis inſtituatur, in principio & in §. ſed ſi ſub conditione, ff. de hæred. inſtit. l. ſi ſeruus, ff. de bon. auth. iud. poſſid. optima, l. 7. tit. 4. par. 6. & text. optimus in l. is, qui hæres, ff. de acquir. hæred. ac per conſequens non potuit haberi pro repudiante. Quoniam, vt inquit text. in d. l. is, qui hæres in princip. hæres inſtitutus ſub conditione, ſi ante conditionem exiſtentem repudiauerit nihil agit, qualis fuit conditio, & ſi in arbitriũ collata eſt: niſi, vt inquit glo. ibi, coram iudice creditoribus inſtantibus renunciet, & ſe non aditurum dicat, etiam ſi conditio extiterit. Quod tamen minimè apparet feciſſe, nec dixiſſe d. Gundiſ. ſed potius ipſam Mariam hoc feciſſe conſtat. Itaque cum pręd. conditione pendente non fuerit delata præd. hæreditas Gundiſal. præd. ac pro inde non potuerit eam adire nec repudiare, quoniam is poteſt adire, qui & repudiare & è contra, vt in l. is poteſt, ff. de acquiren. hęred. cum materia, iudex non potuit ad alium effectũ habere pro repudiante d. Gundiſal. niſi vt defenſorem bonis hæreditarijs prouideret, qui reſponderet creditoribus hæreditarijs, vt ſupra eſt dictum.

4 Quo † caſu ſi ipſe Gundiſal. vellet eſſe defenſor, prouidendus foret ex dictis per Anton. Gomez 1. tom. c. 2. num. 53. & quamuis d. Gundiſal. poſſet interim pendente cõditione agnoſcere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabul. ad effectum, de quo per Ant. Gomez vbi ſupra, adire tamen vel repudiare non poterat, vt in dictis iuribus. Nec præd. Gundiſ. potuit currere, nec cucurrit vlla præſcriptio ad adeundum præd. hæreditatem: quandoquidem impeditus fuerit, huc vſq; & vſq; adhuc non ſunt elapſi duo integri anni, quod duxerit in vxorem aliam teſtatoris conſanguineam. Et ita adimpleuit ſecundam conditionem in inſtitutione appoſitam; perque eum non ſtetit adimplere primam, ſed per d. Mariam.

5 Et in † obligationibus ad diem, vel ſub conditione non currit præſcriptio ante euentum illius conditionis, vel diei, l. cum notiſſimi, §. illud, C. de præſcript. 30. vel 40. ann. & ibi Doctores.

6 Et † conditio ſuſpendit diſpoſitionem, & ipſius effectum, quouſque conditio adimpleta fuerit, l. cedere diem, ff. de verb. ſignif. §. ſub conditione, inſtit. de verb. oblig. optima l. 12. in fin. tit. 11. p. 5. Soc. iun. conſ. 1. num. 23. vol. 1. & optime plura referens Rolan. à Valle conſi. 63. numero 16. & ſeq. volum. 4.

7 Et contra † hæreditatem iacentem nulla currit præſcriptio, ſecundum Bald. in tract. præſcript. 3. par. tertiæ partis principalis in 3. requiſito num. 2. fol. 49. in paruis, & iterum 1. p. ſextæ par. princip. caſu 25. fol. 143. in paruis.

8 Et ita † ex ſilentio Gundiſal non fuit præiudicatus, quandoquidem non fuit hæres, quoſque cõditionem impleuit, ideſt, quando contraxit matrimonium, cum conſanguinea teſtatoris. Et non poterat, etiam ſi vellet & contradiceret, impedire matrimonium dictæ Mariæ. Quo caſu tacens non conſentit, nec ſibi præiudicat tacendo ex notatis pleniſſime per Bart. & recentiores in l. quæ dotis, ff. ſolut. matr. Nec enim ſibi præiudicat, qui præſens eſt vẽditioni rei, ad quam aliquod ius habet, & ſciens illud durare, vt patet ex dictis per Tiraquel. de retractu lignag. §. 1. glo. 9. num. 148. cum ſequentibus.

Minus etiam obeſt, quòd aduocatus contrarius allegat dicens, quòd d. Gundiſ. tenebatur adimplere conditionem quam primum poſſet, tranſiſſeque multum temporis, in quo potuit implere, accipiendo in vxorem d. Mariam, minimeque adimpleuit, nec id procurauit. Nam huic obiectioni pluribus modis ſatis fit. Primo negando obiectũ: quia neq; id probatur, nec conceſſa fuit à ſummo

Pon-

Pontifice dispensatio secundi gradus consanguinitatis, cuius impedimento tenebantur: quo stante minime poterant inter se matrimonium cōtrahere, vt in cap. non debet, & per totum titulum de consang. & affinit.

9 Secundo † respondeo, quod etiam hoc cessante, adhuc non procederet allegatio prædicta. Quia hæres conditionem sibi positam in institutione ét merè potestatiuam non tenetur adimplere quam primum possit (multo igitur minus mixtam iuxta text. expressum in l. si quis instituatur, §. 1. ff. de hæred. instit. & ibi glo. verb. finitur & communiter Doctores Bart. & Doctores. in l. hæc conditio, la 2. ff. de condit. & demonstr. Greg. Lopez in l. 7. in gl. si se cumpliere tit. 4. par. 6. Vbi, quòd poterit impleri quandocunque in vita instituti, nec definit posse impleri nisi per mortē, vel nisi apposita fuerit dies cum conditione ipsa.

10 Et inquit † Bald. in l. si plures, nu. 33. C. de condit. insert. id adeo verum esse, vt neque compelli possit hęres adimplere conditionem; quoniam hæres non est ita grauādus sicut legatarius teste Bar. in d. §. 1. & ibi glo. sic declarat d. l. hæc conditio, & glo. 4. d. l. 7. tit. 4. partit. 6.

11 Vertitur † enim (inquit Bar. & cæteri in d. §. j.) maius periculum in institutione, ne testator remaneat sine hęrede, quam in legato. Itaque hęres potest adimplere conditionem sibi positam in institutione quando voluerit in toto tempore vitæ suę, & quamuis eam non adimpleat quā primum possit, non ob hoc amittet hęreditatem, vt ex sup. dictis patet. Pręmaxime, si pręd. conditio est pęnalis, eo casu, quo non impleatur. Tunc enim clarius in iure est supra dictum, vt tradit Bart. in d. l. hęc conditio, la 2. sic declarans, l. primam §. item si ita, ff. ad legem Falcid.

12 Vlterius † conditio mixta (sicut nostra quia dependet à voluntate Papę) etiam in legatis sicut in hæreditatibus potest quandocunque impleri, vt inquit Paulus in d. l. hęc conditio 2. & ibi Soc. nu. 2. sic declarando text. ibi.

13 Et in † nostris terminis, quòd cōditio si nupserit indistinctè, tam in hęreditatibus quam in legatis possit in infinitum tempus, & quandocunque impleri, est tex. expressus in l. conditio, num. 90. in ordine, ff. de condit. & demonst.

14 Nec † obstat l. 2. §. ad filiorum, C. quando & quib. quarta pars deb. lib. 10. vbi videtur probari conditionem, si nupserit intra triennium implendam esse. Loquitur enim lex illa dispensatiue, & in casu speciali; ideoque in consequentiam trahi non debet, vt inquit Socin. dict. nume. 2. item text. ille non procederet in hęreditatibus, nec in legatis per supra dicta. Maxime, quia dicta Maria nupsit alij viro intra duos annos à morte testatoris. Quo casu non videtur habere locum dispositio. dict. §. ad filiorum, vt ex ipso videtur constare ibi, vel si intra.

Vlterius eo vel maxime conuincitur pars aduersa. Quoniam instrumento publico dotali confessa fuit d. Maria se nūquam voluisse adire hæreditatem prædictam, nec minus tunc volebat. Ob quod videtur eam repudiasse, ac proinde noluisse nubere d. Gundisaluo: quandoquidē fuit hæres instituta sub conditione eidem nubendi. Quo extante non habuit opus d. Gundisal. intendere nec procurare matrimonium contrahere, cum ipsa, cum præd. Maria voluntatem suam contrariam iam declarasset. Quia frustra expectatur euentus, cuius effectus nihil operatur, iuxta regulam iuris vulgarem.

15 Nec † tenetur quis protestari, aut curare aliquid eo casu, quo factis diligentijs, & prostationibus nihil prodesset secundum Enrich. de Bote. in tractatu de Synodo, 2. part. nume. 65. volum. 2. tractat. diuers. doct. folio 211. Nec hoc casu in materia impedimenti est necessarium protestari secundum Aymon. Crauet. consilio 253. numero 3. & Rebuff. in 3. tom. constitut. Galliæ titulo de excusat. num. 52. Vbi num. 54. sic inquit praxim Franciæ seruare. Nec d. Gundis. tenebatur requirere d. Mariam, vt ei nubere vellet, quādo ipsa nupsit primo alteri: sicque tenebatur prius requirere d. Gundisal. an secum vellet contrahere, vt impleret conditionem nubendi d. Gundisaluo sibi positam in institutione & non d. Gundisaluus eam.

16 Quia ille, † qui habet implere conditionem, sub qua est institutus hæres non debet interpellari l. Mutianæ, ff. de condit. & demonstrat. Notat Decius consil. 261. num. 3. Et quamuis d. Gundisal. sub eadem conditione fuit hæres institutus nō tamen tenebatur d. Mariam requirere, quia ipse non contrahebat matrimonium cum alia, nec il-
17 lud contraxit, nisi post mortē d. Marię. Et ita † ipsa facto suo proprio, & spontanea voluntate defecit in conditione, ac per cōsequens euanuit dispositio in persona ipsius, iuxta tradita per Bartol. in l. 1. ff. de condit. & demonst. ex tex. in l. cedere diē, ff. de verb. signific. & in l. generaliter, §. cum autē, C. de institutio. & subst. &c. Totaque hæreditas delata fuit d. Gundisaluo, qui adimpleuit ex parte sua secundam conditionem sibi a testatore appositam, scilicet, contrahendi cum altera consanguinea, sicut contraxit d. Gundisal. Nec per eum stetit contrahere cum d. Maria sed per ipsam, quandoquidem primò alteri nupsit, Gundisal. minime requisito.

18 Conditio † autem habetur pro impleta, quando non stat per implere debentem sed per eum, cū quo conditio implenda erat, vt in l. 1. & ibi Doctores, C. de institut. & subst. sub condit. fact. l. 14. tit. 4. part. 6. l. 22. titulo 9. eadem parte. notat Socin. Iunior consil. 110. num. 2. vol. 1.

19 Et matrimonium † contractum à præd. Gundisal. cum alia consanguinea testatoris, intelligendum est factum fuisse gratia præd. conditionem secundam implendi, quia habuit ipse hæres notitiam clausulæ testamenti, in qua fuit apposita d. conditio, vt constat ex processu iuxta tradita per Bar. in l. secunda, num. 3. per text. ibi, ff. de condit. & demonst. Ex quibus omnibus resultat d. Gundisal. iure esse pronuntiandum hæredem vniuersalem

uersalem d. testatoris, eique reddendam fore rationem omnium bonorum præd. hæreditatis cum fructibus eiusdem. Sicque pronuntiatum fuit in fauorem d. Gundisalui tam per iudicem ordinarium Placent. quam per regiam Cancellariam Pincianã literis exequutorialibus super eo latis, me atque iuris consultissimo Doctore de Azeuedo Placentino aduocato patronis eiusdem causæ existentibus pro d. Gundisaluo,

CIrca secundum articulum eiusdem processus an æstimatio bonorum dotalium in proposito emptionem fecerit, ita vt hæres offerendo æstimationem possit eadem bona rehabere; Profectò semota sententia diffinitiua in rem iudicatam trãsacta, qua iudicio agitato inter ipsam vxorem defuncti & defensorem bonorum ipsius, ipsam ær bona dotalia fuerunt adiudicata & tradita vxori, quæ sententia præiudicare omnino videtur in sua prætensione ipsi hæredi offerenti prędict. ęstimationem, sed stando in puris ac solis terminis æstimationis factæ in nostro casu, an sit sufficiens (alio non impediente) vt fecerit emptionem: quamuis pars aduersa adhuc neget, mihi videretur (alio nõ obsistente) præd. æstimationem iure optimo emptionem fecisse, ac per consequens, bona esse propria hæredis, quamuis plurimi valoris sint effecta, ipsumque satisfacere offerendo præd. æstimationem ex sequentibus.

Primò, quia promissio præd. dotis fuit facta ad pecuniam numerandam, & pro solutione dictæ pecuniæ in dotem promissæ fuerunt tradita bona
20 præd. æstimata; in dubio † autem æstimatio in dotibus facit emptionem, vulgat. l. quoties, C. de iur. dot. & ibi Doctores l. 1. cũ gl. & l. si inter, C. de iur. dot. est recepta, & notabilis secundum Pinel. in l. 2. 1. part. c. 1. nu. 18. C. de rescind. vendit. l. 16. tit. 11. parte 4. l. ex conuentione, C. de pact.

21 Et † vbicunque fit mentio pretij talis æstimatio censetur facta, vt emptionẽ efficiat vt in dictis iuribus probatur, & tradit optimè Roland. à Valle cons. 64. nu. 6. & sequentibus vol. 4.

22 Vbi, † quòd prædium æstimatum datum in dotem libere efficitur mariti, adeo quòd poterit reti-
23 neri per hæredes viri, præsertim † cum pretium æquiualet rebus æstimatis, prout in præsenti casu probatum est ęquiualere & de iure iustum semper esse præsumitur secundum Bal. in l. per diuersas q. 4. C. mandat. Rolan. vbi supra & iterum cõs. 92. nu. 17. lib. 2.

24 Semperque † capienda est coniectura, quoties potest, vt æstimatio faciat emptionem, vt inquit optime Anton. Rubeus, Alex. cons. 5. num. 3. in princ. plura tradunt Cou. in pract. quæst. c. 28. per totum, & Roland. à Valle cons. 64. lib. 4. * Beccius cons. 42. nu. 1. cum sequent. lib. 1.

25 Præcipuè, † quia æstimatio molendini in dotẽ dari fuit facta in vtilitatem vxoris, quia facilior erat ipsius diminutio quam speraretur valoris incrementum, cum sit positum iuxta flumen & in eo subijcitur periculo manifesto diruptionis atq; inundationis.

26 Qua † ratione inquit Palat. Rub. in rep. c. per vestras in princ. ꝯ. §. 18. incip. ex quibus nu. 4. fol. mihi 148. in magnis, quòd molendina posita in flumine, quæ deteriorantur quotidie, & quæ per impetum aquarum sunt in periculo totalis destructionis, possunt alienari per prælatum & tutorem. Sequuntur plures relati per Arias Pinel. in l. 1. in 3. p. num. 28. C. de bon. mater.

27 Quin imò † etiam si præd. bona non traderentur æstimata marito, sed simpliciter præcedente dotis promissione in pecunia numeranda sicut pręcessit, viderentur adhuc tradita fuisse æstimata pecunijs prædictis in dotem promissis, quod est satis singulare & in terminis tenet ita Soc. iun. cons. 141. nu. 2, 4. & 7. vol. 1. & Rol. à Valle d. cons. 64. nu. 5. & 6. lib. 4. & alios allegans Beccius vbi sup. num. 6. A fortiori igitur idem dicendum venit in proposito: quandoquidem vltra promissionem dotis in pecunia numeranda, subsequuta fuit traditio bonorum æstimatorum pro solutione d. dotis in eadem quantitate promissa de consensu vxoris, & mariti recipientium dicta bona æstimata præd. æstimatione, idque sæpe repetitur in d. instrumento.

28 Ex qua † geminatione verborum præsumitur deliberatio, & non potest contraueniri secundum Bald. in consil. cismat. sub Rubric. c. si quis aliquẽ testari prohibuerit adde l. Balista, ff. ad Trebel. & plurima circa hoc Brocardicum congesta per Ludouic. Mexiam in l. Toleti de los terminos. 4. fundamento primæ partis, nu. 5. cum sequentibus, & Euerar. in loco à geminatione.

29 Secundo, † quia de iure in tali casu æstimationis bonorum dotalium, vera dos est pretium. Et ideo licet maritus hoc casu in instrumẽto promittat eam dotem restituere vel notarius dicat, quam dotem restituere promisit, debetur pretium, quia vera dos est, vt notabiliter determinat Bald. in l. quoties nu. 4. C. de iure dot. quem sequitur alios allegans Roland. à Valle cons. 92. num. 15. lib. 2. & cons. 64. nu. 8. lib. 4. * & Beccius vbi sup. nu. 10.

30 Tertio, † quia dicta vxor recepit æstimationẽ aliquorum bonorum mobilium in matrimonio consumptorum ergo contenta esse deber eadem æstimatione cæterorum bonorum extantium, quæ sibi offertur. Tum, quia iam visa fuit fateri prædict. venditionem recipiendo pretium ęstimatum consumptorum.

31 Quia † si æstimatio sæpedicta emptionem non induxisset suo periculo perirent, vt in l. plerumque, ff. de iure dot. l. 18. & 19. ti. 11. parte 4. Cassaneus in consuet. Burgund. Rubrica 4. §. 2. nu. 18. fol 137. & §. 24. num. 8. fol. 202. Anton. Gomez in l. 51. & sequentibus Taur. num. 42. Couarru. d. cap. 28. per totum. Petendo ergo & recipiendo d. pretium ęstimatum a principio, approbare necessario videtur præd. emptionem, tum etiam ex titulo, quod quisq; iuris, &c. Vltimo, quia vna atq; eadem res non põt diuerso iure censeri l. eum quĩ ædes, ff. de vsucap. cuius text. argumento in terminis nostris imo & fortioribus hoc tenet Bartol.

Soc.

Soc.consil.56.num.8.ad fi.lib.1.& Anto. Rubeus Alexandrinus d.consi.5.num.3.

32 Quarto † quia cum promissio dotis fuerit facta in pecunia numeranda, etiam si postea tradita sint bona pro solutione ipsius, nō videntur ob hoc partes recessisse à prima conuentione, nec renuntiare iuri ex ea acquisito ex traditis per Decium consil. 595.num.3.& Aymon Crauet.cons.16.nu.7.

33 Talisque † censetur mens partium in traditione dotis, qualis fuit in constitutione; sed in constitutione dos fuit promissa in quantitate, igitur & in traditione intelligitur eadem mens, vt inquit Marianus Soc.iun.d.cons.141.nu.13.vol.1.

Nec supra dictis obstat aliqua ex coniecturis recollectis per D.Couar. vbi supra, vt intelligatur in præsenti casu præd. æstimationem emptionem non fecisse, vt aduersa pars nititur atq; prætendit: quia nulla earum quadrat, nec conuenit in proposito, vt ex ipsis & instrumentis promissionis dotis & solutionis, cuilibet videre licebit.

34 Sed ne † quem fallat vna ex dictis coniecturis traditis per ipsum D.Præsulem d.c.28.nu.4.dum inquit. Tertio colligitur adhuc æstimationem rerum dotalium emptionem non efficere si pactū sit, quòd res ipsæ matrimonio soluto restituantur, operæ pretiū duxi animaduertere quomodo hæc limitatio minime conueniat casui nostro. Primo, quia in promissione dotis in nostro proposito fuit quantitas expressa pro constitutione dotis, ibidemq; emptio & venditio celebrata, eodē pretio & quantitate pro dotis solutione tradenda, a qua conuentione per secundam recessum non videtur in illis verbis, *para vos la dicha Maria*, &c. vt supra est probatum. Secundo, quia in præd. instrumentis nec verbum vllum est de restitutione rerum ipsarum, igitur non conuenit huic casui limitatio supra dicta. Imo etiam si in dictis instrumentis maritus promisisset restituere d.dotem soluto matrimonio adhuc non teneretur easdem res restituere, sed tantum æstimationem, quæ est vera dos iuxta doct. Bal.iam supra citatam in d. l. quoties, nu.4.C.de iur.dot. quam (vltra sup.allegat.) sequitur etiam Bart.Soc.cons.56.nu.8.vol.1.

35 Imò † quod fortius est, etiam si promiserit maritus, quòd soluto matrimonio res illæ reddentur, & restituentur his modis, & formis quibus datæ fuerant, habent verba hęc hunc sensum, scilicet, vt integra fiat dotis restitutio quoad prætaxatam æstimationem secundum D.Couar.dic.28. num.2.

36 Quo fit, † vt etiam si dictum fuerit, quòd bona dotalia essent ipsius vxoris, & quòd ipsi dabantur, nihilominus maritus, siue eius hæres satisfacit, pretium restituēdo: quoniam nullum verbum de restitutione dictorum bonorum adijcitur, & dotes semper dantur, vt sint mulierum soluto matrimonio. Itaq; tacite à iure inest. ex text. in l. vnica in principio, C.de rei vxor.act. & expressio eorum quę tacite insunt nihil operatur, vt in l.3.& ibi gl. & Doct. ff.de leg. 1. Item sumi non potest coniectura sufficiens contra ęstimationem, & venditionem ex verbis supra relatis cum sit iuris præsumptio in contrarium, quæ habet æstimationem in dubio facere emptionem. Quæ cum ita se habeāt pars aduersa grauatur duriore grauioreq; probatione, efficaciores namq; probationes requiruntur, text. vbi notant Doctores in l. si extraneus, ff. de condit.cau.data, quos, & alios referēs id sequitur Additio. Aleiat. in 3.par. pręsumpt.in princip. litera B. Sed in dictis verbis non reperitur voluntas contrahentium contraria saltem clara. Recessum igitur non videtur ab æstimatione, quæ fecit emptionem, cum hoc in casu non conueniat vlla ex limitationibus traditis per Couarr. vbi sup. in quibus voluntas contrahentium expressa datur, æstimatio non faciat in illis emptionem, sed quòd eædem res restituantur soluto matrimonio, prout etiam probari videtur in l.19. tit.11. part.4. ad finem legis & ibi Gregor. Lopez.

Sed nec etiam obest si dicatur hęc bona dotalia esse legitimam ipsius dotatæ, sicq; nō potuisse dotantem ea alienare, quoniam facile respondetur, ipsammet mulierem, scilicet, consensisse æstimationi & sic venditioni.

37 Et † iure licitum est vendere bona aliena domino consentiēte, vt probatur expressa l.54.tit.5.par.5.

38 Præterea, † mulier potest sibi dotem constituere de bonis suis penes tertium existentibus, vel pecunijs sibi debitis, vt in l.15.tit.11. p.4. sicq; Ant. Gom.decidit in l.53.Tau.num.44. quòd siue mulier sibi dotem constituat, siue alius pro ea, ęstimatio facit emptionem.

39 Non † etiam obstat, quòd non fuerint nominati, nec constituti per partes æstimatores bonorum dotalium, sicut ab initio conuentum fuit. Quia præterquam quòd hoc minime exprimitur in instrumento promissionis dotis, etiam si id pactum fuisset, & postea omitteretur, adhuc æstimatio facta per partes induxisset emptionem, quia intelligerentur data ea æstimatione, quam haberent tēpore traditionis, si ipsa facta non fuisset, iuxta tradita per D.Couarr.d.c.28.num.1. vers. primum. Item etiam pro ea quantitate pecuniarum, quæ à principio fuit promissa, cum solutio faciēda esset in bonis æstimatis iuxta priorem conuentionem, à qua per secundam recessum non videtur, vt supra est probatum.

40 Potuerunt † pręterea ipsæmet partes renuntiare iuri proprio, & sic nominationi æstimatorum ac se conuenire circa interuentum eorum in æstimatione præd. facienda, prout in casu præsenti fecerunt. Sicq; opus non fuit æstimatorum: imò est idem ac si ipsi nominati fuissent per partes & bona ipsa æstimarent, prout in proprijs terminis tenet & probat Bart. Soc.d.cons.56.nu.8. lib.1.

Iudices tamen ijdem, fatēdo expresse vera esse supra dicta de æstimatione, atque iuridica; innisi tamen solum prædict. sententiæ diffinitiuæ, quam præiudicare dixi hæredi, contra ipsum in hoc vltimo pronuntiauerunt, quia facta cum ipso prædictorum bonorum defensore respectu creditorum hæreditatis valida sunt, nocentque futuro hęredi, prout est de mente communis opinionis adductæ

in

in principio huius consilij in fauorem ipsius hæredis. Supta dicta tamẽ de æstimatione bonotum dotalium ideo tetuli, quamuis in proposito superuacua videri possint, vt quoties similis casus acciderit, absque tamen dicta sentẽtia, quę nocuit in præsenti hæredi, iam ius & iudicum suppremorum vota innotescant in fauorem eiusdem hæredis. Quare nimirum si stylum inceptum consulentis, & quem prosequi intendo, in decisionis formam hoc in consilio conuerterim, vt possit ex te vsuique esse itetum atque itetum quod supra deduximus.

SVMMARIA.

1 *Conditio nubendi potest apponi in institutione hæredũ atque in legatis sub pœna priuationis.*

2 *Metu pœnæ non potest quis ad matrimonium contrahendum astringi.*

3 *Pœna non est priuare hęreditate non adimplentem, secus si hæreditas fuisset iam pure acquisita.*

4 *Qui lucrum dat, pacto vel modo conditione ve adiectis potest priuationem imponere.*

5 *Quando quis priuatur lucro etiam iam acquisito per illum qui lucrum dedit non est pœna.*

6 *Testator præcipiens, vt consanguinei inter se matrimonium contrahant intelligendus est sensisse debere interuenire ad hoc Romani Pontificis dispensationẽ.*

7 *Testator in dubio videtur velle se conformare cum iure communi*

8 *Semper præsupponuntur termini habiles & eo modo, quo testator poterat disponere.*

9 *Conditio nubendi apposita per testatorem inter consanguineos secundi gradus adhuc valet & tenet.*

10 *Ea, quę pendent à voluntate principis reputantur impossibilia, præterquam, si faciliter soleat princeps concedere.*

11 *Dispensatio proximioris gradus ad contrahendum matrimonium non est necessaria, sed vlterioris cum declaratione non obstantiæ proximioris.*

12 *L.14.tit.4.partit.6.intellectus.*

13 *Legatarius cui aliquid relinquitur sub conditione matrimonium contrahendi cum aliqua persona si paratus sit contrahere, & alter recusat, alij nubendo, habetur pro impleta, & qui paratus fuit implere & per eum non stetit habebit hæreditatem vel relictum.*

14 *Conditio posita in institutione censetur repetita in prælegato eidem facto, etiamsi aliæ clausulæ intermediæ inserantur, nu. 15. & etiamsi dictio repetitiua in legato non apponatur, num. 16. & etiamsi prælegatũ sit factum in defectum institutionis nu. 17. hæc maxime procedunt cum institutio præcedit prælegatum num. 18. Item cum non a 2. gradu sed a primo est legatum nu. 20.*

19 *Conditio in 1. legato tacite intellecta non censetur repetita in secundo legato eidem facto.*

21 *Prælegata non veniunt in restitutione fideicomissi, nisi testator omnia bona, vel maiorem partem in prælegatis consumat & nu. 21. 22. & 23. vbi de intellectu l. Titia, ff. ad l. Falc.*

24 *Hæres non potest repudiando hæreditatem consequi legatum quando testator inter hæredes verbis legatorum bona sua vel maiorem partem diuisit.*

25 *Conditio non fauorabilis cum apponitur in institutione, an censeatur repetita in prælegato, & numeris sequentibus.*

26 *Conditio apposita in institutione, non censetur repetita in substitutione.*

27 *Diuersitas personarum impedit repetitionem qualitatis etiamsi adsit dictio aliqua repetitiua.*

28 *Conditio apposita in institutione dato cohærede, an cẽseatur repetita in prælegato? & num. seq.*

29 *Conditionis repetitio inducitur ex vero simili mente testatoris.*

30 *Conditionem repetitam censeri. Hic ponuntur 8. coniecturę quibus intelligitur cõditionem positam in institutione censeri repetitum in prælegato. Prima cõiectura est quando alias cohæres remaneret absque bonis prætor legitimã. Secunda cõiectura est, quando secundũ relictum eidem personæ potest aliquid operari absq; eo, quòd inducatur correctio, nu. 35. Tertia cõiectura est ex tacita testatoris mente, nu. 36. Quarta coniectura est ex identitate rationis nu. 37. Quinta coniectura est ratione conseruationis familię, nu. 38. & seq. Sexta coniectura est quando si testator de hoc fuisset interrogatus id expressisset nu. 40. Septima coniectura est ratione æqualitatis seruandæ numе. 44. Octaua coniectura est quando ex verbis testatoris id colligitur.*

31 *Hæres non potest repudiare hæreditatem & acceptare prælegatum quando soluto prælegato nulla, aut pauca bona remanent in hæreditate.*

32 *Testator in dubio minus quam possibile est censetur velle grauare hæredem.*

33 *Legatorum quantitas magna relicta per patrem in testamento facit censeri quòd conditio, si sine liberis decesserit posita in principio testamenti censeatur in sequentibus repetita.*

34 *Conditionis repetitio fieri debet etiam vbi alids non esset facienda quoties omnia bona vel maior pars in prælegato constituerentur.*

38 *Voluntas coniecturata testatoris debet sumi ex aliquibus in testamento expressis & arbitrio iudicis relinquitur, quæ sit sufficiens coniectura.*

41 *Minus a testatore dilectus non debet præferri magis dilecto non enim debet esse melioris conditionis minus dilectus quam magis dilectus num. 43.*

42 *Ex ordine institutionis & substitutionis cognoscitur affectio testatoris.*

45 *Cõditio apposita in persona vnius filij censetur in persona alterius repetita ex præsumptione seruandæ æqualitatis inter eos, idem in persona eiusdem in cõditione apposita in vno capite, vt in alio censeatur quoque repetita nu. 46.*

48 *Dictio, iam, est completiua & non reddit rem dubiã, & significat tria tempora, præsens, prçteritum, & futurum. Item denotat perfectionem actus & continuationem num. 49.*

50 *Dictio, dictas, significat ante dictas & suprascriptas. Præsertim iuncta dictione, iam, quia tunc ad remota etiam refertur si commode potest, num. 51. & dictio dicta habet relationem ad præcedentia cum omnibus*

bus qualitatibus.num.55.

52 *Verba secundum ordinem supradictum faciunt repetitionem omnium, quæ supradicta sunt.*

53 *Qualitas masculinitatis in prima substitutione apposita censetur in sequenti repetita ex natura horum verborum ya dichas.*

54 *Clausula in fine posita refertur ad omnia praecedentia.*

56 *In scriptura referente dicitur contineri quicquid continetur in scriptura vel clausula ad quam fit relatio.*

57 *Relatiuum debet intelligi respectu substantiæ actus, & omnium ipsius qualitatum.*

58 *Tanta est vis & obligatio in termino referente quanta est in eo ad quam fit relatio.*

59 *L. si ex solam, ff. de hæred. instit. intellectus.*

60 *Si pacta nouissima ex internallo facta non sint contraria primis valent ambo.*

61 *Mala fide præsumitur in illo, qui scit rem vendi indebitè atque iniustè. Item in eo qui contra iura mercatur vt in nu. 62.*

63 *In venditione bonorum defuncti vel minoris ad soluenda debita incipiendum est prius a bonis mobilibus, & se mouentibus ex eisque minus damnosis, his autem deficientibus, immobilia minus vtilia vendi possunt, & nam 64. Item requiritur, quòd creditores instent cum effecta, nu. 65.*

66 *Decretum iudicis ad vendendum interpositum ex falsa causa est nullum etiam si falsa causa in decreto nō inferatur, vt nu. 67. & procedit nedum si causa sit in totum falsa, verum etiam si partim sit vera, vt nu. 69. & text. in c. 1. de re iudic. requirens expressionem causæ in sententia vt nulla dici possit limitatur in decreto interposito ex falsa causa etiam non expressa num. 68.*

70 *Quòd ex cursu temporis præsumuntur omnia recte & solenniter facta, non procedit in cursu parui temporis nec quando constat vel probatur contrarium.*

71 *Res alienata absque iuris solennitate est restituenda cum fructibus.*

72 *Testator non videtur legare in dubio in re communi nisi partem suam, vel ius, quod habet in re, non vero alterius, nec æstimationem: alias si legaret scienter rem, quæ in totum esset aliena, deberetur saltem æstimatio ipsius vt in nu. 73. Et primum dictum ampliatur etiamsi ius illud esset tpe vel morte periturum, vt in nu. 74. & etiam si legatum fiat coniunctæ personæ, nu. 75. item, siue testator fuerit sciens siue ignorans, & siue vtatur pronomine meū siue non, nu. 76.*

77 *Census annuus censetur quædam seruitus.*

78 *Tanto minus est in bonis quantam census valet.*

79 *Bona vinculata absque licētia regia non possunt cum eo alienari, secus si facultate regia fuerit vinculum constitutum.*

80 *Qui in dispositione sua vult vnum quid, censetur velle & omne illud sine quo istud vnum esse non potest.*

81 *Licentia regia requiritur, imo debet præcedere, adhibita causæ cognitione regis mandato ad vendenda bona maioratus quæ licentia concedi non debet ad vendendum & destruendum maioratū, sed vt prouideatur, vt conseruetur & vt id tantum liceat vendi, quo opus sit ad redimendum censum, & id quidem quod minoris valoris esset, vt numero 82.*

83 *Prius debent vendi bona libera quam vinculata.*

84 *Prælegatarius non potest repudiare hæreditatem conditionalem, & acceptare prælegatum in quo eadem conditio censetur repetita quod fallit in hæreditate pura, nu. 85.*

CONSILIVM XVIII.



SVperiori proximo consilio actum est de hæreditate dicti Didaei testatoris, quomodo ea vniuersa pertineat ad d. Gundis. Nunc vero discuti oportet vtrum conditio supradicta apposita in institutione hæredum (scilicet, vt hæredes instituti inter se matrimonium inuicem contraherent aliàs inobediēs amittat suam partem, & accrescat obedienti, per quem non steterit, &c.) censeatur repetita à testatore in prælegato bonorum sub vinculo postea facto eodem testamento, eidem Mariæ, ac per consequens, cum per ipsam steterit matrimonium contrahi cum d. Gundisal. Quia noluit adire præd. hæreditatem quinimo alteri viro nupserit, irrequisito Gundisaluo, ipsa non solum hęreditatem amiserit, vt in d. consilio est fundatum, sed etiam præd. prælegatum: quia non impleuerit d. conditionem, imo ei cōtrauenerit: & vtrumque tam hæreditas vniuersa quam prælegatum pertineant ad dic. Gundisal. nec ne?

1 Et † pro intellectu, & introductione huius materiæ, quæ perfectò subtilis est oportet præmitti, conditionem præfatam nubendi apponi posse in institutione hæredum atque in legatis, ita vt si nō impleatur, hæres, vel legatarius, præd. commodo priuetur.

2 Nam † quamuis regula iuris sit, quòd metu pęnę non possit quis ad matrimonium contrahendū adstringi, l. Titia, ff. solut. mat. c. gemma de spons. cum similib. spe tamen præmij optimo iure potest ad matrimonium allici, & inuitari, vt in l. Titio centum, §. Titio centum el primero, ff. de cōdit. & demonstr. per quem tex. Bar. & cōiter scribentes, id notant. & Oldrad. conf. 16. q. 1. Fel. Guiller. Bened. Palat. Rub. Suarez, Couarr. & alij eosque referens D. Molin. de Hispan. primog. lib. 2. c. 13. numero 1. & sequentib. Vbi ampliat procedere nedum in præcepto contrahendi cum certa persona, sed etiam quod per viam modi adiectum est, dummodo conditio siue modus honeste impleri possit, l. 14. titulo 4. parti. 6. l. 22. titulo 9. partita 6.

3 in vers. *Esto feria* in 2. Neque † enim est pœna priuare hęreditate non adimplentem, quoniam nondum est ius radicatum, neque formatum. Tūc verò est pœna quando aliquis priuatur hæreditate, iam pure acquisita iuxta gl. in l. j. §. si quis propter vers. per in integrū, ff. de itine. actuq; priuat. dicūt communem Ias. & alij relati per D. Coua. in 4. de sponsal. 2. par. cap. 3. §. 3.

4 Secus † vero in nostro casu; quia ille qui lucrum dat, pacto vel modo conditioneve adiectis potest priuationem imponere, iuxta gl. rectè intellectam

in l. si duo, ff. de acq. hæred. quã singularem appel-
lat Cou. & alij plures ab eo relati authores vbi su-
pra, num. 8. & supra dict. opinion. Oldradi sequi-
tur plures referens, & testatus, quòd tanquam ve-
rior, & communior est tenenda licẽtiatus Pelaez
aduocatus Granat. in tract. maior. 1. part. q. 50. nu.
1. fol. 181.

5 Imo † quando quis priuatur lucro etiam iam
acquisito per illũ qui lucrũ dedit non est pœna iux
ta gl. d. l. si duo, quã plures alias, & Doctores refe-
rẽs sequitur Pelaez in d. tract. 2. p. j. q. n. 7. fol. 260.

Nec obstat, si dicatur præfatam conditionem
minimè valuisse, atque impossibilem reputari, cũ
præceperit testator consanguineos intra quartum
gradum matrimonium intra se contrahere, quod
est a iure prohibitum, vt in c. non debet de con-
6 sang. & affinit. Quia † respondetur testatorem in-
telligendum esse sensisse, interuenire debere ad
hoc Romani Pontificis dispensationẽ, nec absque
illa matrimonium esse contrahendum, cum hoc à
iure insit. Quia ad validitatem matrimonij neces-
sario requiritur inter consanguineos intra quartũ
gradum præd dispensatio.

7 Et † testator in dubio videtur se velle confor-
mare cum iure communi, vt notant DD. per text.
ibi in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. &
vere rite, & rectè disponere. Et verba quantumcũ-
que generalia de habilitate restringenda sunt l.
vt gradatim, §. 1. ff. de muner. & honor. gl. iuncta
text. in l. 1. C. de sacrosanct. eccles.

8 Semperque † præsupponuntur termini habiles,
& eo modo, quo disponens poterat disponere se-
cundum Soc. iun. consl. 31. n. 68. & 69. vol. 2. id in
terminis nostris asserentẽ, & defendit optime D.
Molin. d. li. 2. de Hisp. primog. c. 13. n. 1. cum seq.

9 Et † iterum in addit. ad finem operis positis in
additione ad dicta per eund. lib. 2. c. 13. nu. 7. Ibi-
demque super num. 11. probat, quòd etiam si in-
ter consanguineos secundi gradus apponeretur,
hæc conditio nubendi, adhuc tunc valeret, quia
quamuis Concilium Tridentinum reijciat regu-
lariter dispensationem in d. secundo gradu, solent
tamen aliquando Põtifices eam concedere: ideo-
que non est reijcienda conditio, sed dispensatio
procurãda si contrahere volunt consanguinei. Id,
quod in nostro casu verissimum est. Tum quia te-
stamentum fuit conditum ante promulgationem
sacri Concilij Tridentini quo tempore summi
Pontifices facilius quam nunc secundo gradu, &
10 infra inclusiuè dispẽsabant. Et † quãuis, ea q̃ pen-
dẽt à voluntate Principis reputentur impossibilia
l. Africanus, §. constat, ff. de leg. 1. cum similibus,
hoc tamẽ intelligitur, preterquã si faciliter soleat
princeps concedere secundũ Aret. in d. §. constat
per tex. in l. 1. §. permittitur, ff. de aq. quotidi. &
æstiu. Quem ibi super margine singularem reddit
Bolognin. & D. Cou plures referens in 4. 2. p. c. 3.
in princ. nu. 18. testatur communem Ias. in d. §. cõ-
11 stat nu. 13. Tum etiam, † quia dato, absque veri
præiudicio, quod dicti hæredes instituti essent cõ-
iuncti in secundo gradu, etiam in tertio consan-
guinitatis, non erat necessaria dispensatio in 2. gra
du, sed tantum in tertio declarando non obstare
secundum gradum vt probatur in constitut. Cle-
mentis Papæ VI. nondum Typis excusa, relata ta-
men, & iure probata per D. Couar. d. 2. par. c. 6. §.
10. nu. 12. Et cauetur hodie in quodã motu pro-
prio S. D. N. Pij V. inter motus proprios eiusdem
Pontificis impressos. Vbi innouat constitutionem
Gregorij, & Clementis predecess. suorum. Et pro-
batum existit in processu, potuisse hos cohæredes
obtinere dispensationem in pred. tertio gradu, id-
que faciliter etiam hodie attento sacro Concilio
Tridenti. solere concedi per Roman. Pontificem
eamque concessam fuisse d. Gundis. ad contrahẽ-
dum cum vxore, quam habet, quæ cum eo in ter-
tio gradu coniuncta existebat, præsertim existente
causa, hac scilicet, quòd essent instituti heredes simul
a pred. testatore sub conditione contrahendi inter
se matrimonium. Quam reputari iustã, atque ad
dispensandum sufficientem credendum est.

12 Nec † obstat d. l. 14. titulo 4. part. 6. in fine, ibi,
*Fueras ende si aquel con quien le mandaua, que casasse
fuesse pariente della o tal home con quien no podia ni
deuia casar.* Quia lex illa debet intelligi, & limita-
ri, nisi dispensatio faciliter impetrari possit secun-
dum Pelaez vbi supra, nu. 2.

13 Secundo † supponitur, quòd si is cui aliquid
relinquitur sub præd. conditione matrimonium
contrahendi cum aliqua persona, paratus sit con-
trahere, & illa recuset alij nubendo, habetur con-
ditio pro impleta, & ille, qui fuit paratus adimple
re per quẽ non stetit, habebit hereditatem ex textu
expresso in l. 3. C. de instit. & substit. sub conditio.
fact. & ibi communiter Doctores expressa l. 14. tit.
quarto, part. sexta. Quod expresse disposuit testa-
tor in nostro casu, & ita non eget iuris probatio-
ne. Cum igitur per d. Mariam steterit, imò ip-
sa fecerit deficere conditionem, alteri non con-
sanguineo nubendo, d. Gundisaluo irrequisito
atque præterea instrumento publico professa fue-
rit, se nunquam voluisse, nec velle præd. heredita-
tem adire, vt probatum existit in processu, conse-
quens est, quòd d. Gundisal. tota hæreditas adiu-
dicanda sit vt de iure satis demonstratum existit
in præcedenti consilio super hæreditate dicti te-
statoris facto.

14 Quibus † sic præhabitis in articulo principali,
super quo hæc lis vertitur dicendum est, quòd su-
pradicta conditio nubendi in institutione posita,
censeatur de iure, & voluntate ipsius testatoris re-
petita in præd. prælegato, & vinculo bonorum po-
steà facto dict. Mariæ ac proinde defectum condi-
tionis ex parte ipsius operari deuolutionem præ-
legati, & vinculi simul cum tota hereditate in fa-
uorem d. Gundisal. Et ita declarandum fore per
dominationem vestram sententia diffinitiua su-
per eo ferenda iuxta predict. conditionem in insti
tutione appositam omnino existimo. Et hoc de iu
re per text. expressum capitalem in materia in l.
auia, ff. de condit. & demonstrat. vbi Bart. & alij
notant, quòd conditio posita in institutione cen-

scetur

ſetur repetita in prælegato eidem facto. & ibi Paulus Caſtrenſ. id intelligit procedere in quacumq; alia conditione, vltra illam emancipationis, de qua loquitur d.l.auia ex tex.optimo in l.fi.§.fi.ff. de doli mal. & metus except.

15 Item, † & in tantum hoc eſt verum, quòd etiam ſi aliæ clauſulæ intermediç inſerantur adhuc d. repetitio cenſetur facta ex text. in d.l.fi.§.fi. qui text. expreſſe loquitur in inſtitutione, & prælegato. Et ſic eſt differentia in legatis, in quibus conditio poſita in vno legato non cenſetur in alio legato eidẽ perſonæ facto repetita, ſi clauſulæ ſint intermediæ inter vnum, & alterum legatum, in inſtitutione autem, & prælegato cenſetur, vt in d. §. fina. per quem ita tenet conſtituens hãc differentiam Paulus de Caſt. in d.l.auia num. 3.

16. Amplians † etiam ſi dictio repetitiua in prælegato non apponatur ex l.duos, ff. de condit. & demonſtr. Idem Paulus in conſilio infra allegando quamuis in noſtro caſu ſit poſita dictio repetitiua in præd. prælegato.

17 Vlterius † in tantum cenſetur repetita in prælegato conditio appoſita in inſtitutione, vt procedat nedum quando prælegatum non eſt factum in defectum inſtitutionis, ſed etiam quando eſt factũ in defectum inſtitutionis, vt probat text. in l. cum ſeruus, ff. de condit. Cuius text. diſpoſitionem in hoc extraneam vocat Paulus de Caſt. in d. l. auia, num. 3. cùm prælegatum cohæredi Mariæ factum non fuerit in defectum inſtitutionis clarius pro-
18 cedit noſtrum intentum & clariſſime, cum † inſtitutio præcedat prælegatum, non vero prælegatum inſtitutionem. Nam hoc caſu ſecus dicendũ ſecundum Paulum vbi ſupra & Roma. ſing. 672. Ad quem eſt aduertẽdum, vt ſic intelligatur, prout loquitur, ne aliàs decipiat forte aliquem. Et hoc nulla alia ratione, niſi, quia maioris efficaciæ eſt præcedens clauſula ad determinanda ſequentia, quam ſequens ad præcedentia ſecundum Roman. ibi, & Matheſil. ſingul. 150. incip. nota ſingulare. & ibi eius additio alia allegat.

19 Item † in inſtitutione noſtra, conditio expreſſe appoſita eſt, non vero tacite intelligitur. Sicque ceſſat illud, quòd ibi inquit Roman. ſcilicet, quòd ſi conditio primo in legato tacite intelligitur, non cenſetur repetita in ſecundo legato eidem facto; præterquam quòd ipſe loquitur in duobus legatis, nos verò in inſtitutione, & prælegato, quæ longe differunt, vt ſupra eſt dictum. Item, quia etiam in duobus legatis, text. quem ibi allegat Roman. non reperitur, nec probat intentum. Vnde Roma. ibi, quem pars aduerſa pro ſe allegat, non ſolum ipſi non patrocinatur, imò pro nobis poteſt allegari & facit, & ita eſt maxime aduertendum ad allegationes iuris aduerſæ partis & proprijs oculis videndæ ſunt, ne fortè decipiant.

Et regulam ſupra dictam, quòd conditio appoſita in inſtitutione cenſeatur repetita in prçlegato ex dictis iuribus conſtituunt Iaſ. in l. 3. §. filius, nu. 7. ff. de liber. & poſthum. & Paulus Caſtrenſ. melius quam alius in d.l.auia, & in conſi. 275. in fin. volum. 1. & Tiraquel. de retractu lignag. §. 1. glo. 14. nu. 26. folio mihi 98. & Carolus Ruinus conſilio 176. num. 9. & 13. libro 2. idem Iaſ. in l. ſi is, qui pro emptore, num. 46. ff. de vſucapio. Pariſius conſil. 18. volum. 3. Cuman. conſil. 46. qui in conditione nubendi, id aſſerit. Sicque hæc videtur communis opinio tenenda in iudicando & con-
20 ſulendo; præſertim † cum hic non a ſecundo gradu, & ſic a ſubſtituto cohæredis fuerit legatum relictum, ſed à primo, quo caſu intentum noſtrum clarius procedit ex dictis per Doctores vbi ſupra, præcipuè Paulum, cum quo ſic declarando tenuit Roma. conſ. 403. nu. 3.

21 Nec † ſupra dictis obſtat tex. in l. Titia, ff. ad l. Falc. quo forſan partes aduerſæ nitẽtur, dum probat, quòd prælegata non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi, quaſi idem ſit in conditione appoſita in inſtitutione, vt ad prælegatum non porrigatur. Quia tex. ille ſi aliquantum accuratius attendatur, non ſolum nobis nõ contradicit, ſed pro Gundiſal. facit. quippe quia primo modo poteſt ille text. intelligi in fideicommiſſaria ſubſtitutione, in qua quidem loquitur. Nos vero non in ea, nec quando per viam ſubſtitutionis repetitio facienda eſt, ſermonem facimus: ſed tantum agimus, an conditio poſita in inſtitutione cenſeatur repetita in prælegato? quæ diuerſa multum materia eſt ab illa, de qua agit d. l. Titia & l. cum virum, C. de fideicommiſſ. vt patet in pluribus. Et cum hæc diſſimilia ſint, & in vnaquaque materia iura ſigillatim diſponentia inueniamus, ſingula quæque iura in ſuo caſu intelligenda ſunt, & ad alium, in quo ſpecialis diſpoſitio alias inuenitur extrahenda minime erunt.

22 Vel ſecundo † dici poteſt ideò in d.l. Titia, prçlegata non venire in reſtitutione fideicommiſſi, quoniam ſic voluit teſtator, dum iuſſit, ꝙ fideicõmiſſarius detraheret quartam & vt in eam prædia prælegata imputaret, vt patet ex tex. ibi, vt hæreditatem retenta quarta parte Secundæ & Proculæ reſtituerent, & ibi, reſpondi Titium (qui erat fideicommiſſarius grauatus reſtituere) legata integra retinere debere, ſed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorũ, &c. Ecce ergo quomodo ex voluntate teſtatoris, prælegata capit ibi fideicommiſſarius grauatus reſtituere. Ergo nihil contra noſtrum intentum, ſed potius pro eo, conſiderando, quòd ſi deficeret voluntas hæc teſtatoris reſtitueret vtiq; fideicõmiſſarius prælegata cum portione hæreditatis, ſicut & in noſtris iuribus conditio appoſita in inſtitutione cenſetur repetita in prælegato. Nec obſtat ſi quis dixerit, quòd partem quam ibi capit Titius ille iure hæreditario non computat in quartam & nihilominus non reſtituit, ergo, &c. Quia reſpondeo, id ideo eſſe quoniam in d.l. Titia ex voluntate teſtatoris capit quartam hæres ipſe, quo caſu, id quod capitur iure hæreditario non computatur totum in quartam, ſicut computaretur, quotieſcunq; contra voluntatem defuncti, eam capit, vt ex d.l. Titia probatur clariſſime hoc ipſum ibi ad-

notantibus Bartolo, Paulo, & communiter doctoribus, & glossa à cohærede in l. Nesennius, ff. ad l. Falc glo. magist. vers. cæterum in l. filius, quem C. famil. ercifcun. & ibi Barr. & in l. in quartam, sexta oppositione primæ partis, & ibi Rip. num. 45. cum duobus sequentibus, ff. ad l. Falc. Et id, quod plus remanet, soluta quarta, ex prædijs prælegatis non restituit grauatus. Quoniam quoties aliquid datur, & legatur a testatore in locum quartæ etiã si id plus sit quam quarta non tenetur illud restituere, sed capit sibi ex textu expresso in d. l. filius, quem. eo quòd censetur testatorem velle, vt totum habeat, quandoquidem ibi prælegatum constituit secundum Paul. Castr. optime in l. Marcellus, §. 1. num. 1. ff. ad Trebell. sic loquendo in terminis d. l. Titia.

Tertio d. l. Titia non obest, etiam si in nostro casu loqueretur (quod nego) quoniam licet verum esset, quòd quando fideicommissum præcedit, & posteà fiunt prælegata, ipsa non veniant in restitutione fidei commissi ex glossa communiter approbata in l. eum virum, C. de fideicommiss. & in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellia. per text. ibi.

23 Tamen † quando testator omnia bona, vel maiorem partem in prælegatis consumpsit, veniunt indistinctè prælegata in restitutione fideicommissi, quoniam absorbent maiorem partem hæreditatis, & in effectu succedunt in locum portionis hæreditatis. Quo casu qualiacunque sint verba fideicommissi, prælegata in fideicommisso continentur, licet alias non venirent secundum Bart. & Doctores in d. §. quidam liberis. præcipue Alexand. num. 2. & Bart. in l. quid ergo. la secunda, ff. de legat. 1. Hanc limitationem cum alijs, quos refert, sequitur etiam Ias. consil. finali, quod est 175. columna 2. volum. 4. & communem testatur Decius consi. 254. nu. 1. vbi hoc eleganter extendit, etiam si prælegata facta sint, vt de eis ad voluntatem suã prælegatarius faciat: communem etiam testatur Gregor. Lopez in l. fi. in glo. la herencia, tit. 5. par. 6. & Roland à Valle cons. 34. num. 21. & 22. lib. 4. sequitur Aymon Crauetta in repet. Rubricæ de legat. 1. num. 29. Cum igitur in nostro casu partes aduersæ fateantur de hæreditate nihil superesse, prælegatum præd. bonorum venit in restitutione & sic d. l. Titia pro nobis facit.

24 Præterea † in terminis, quòd quando testator inter hæredes, quos instituit, verbis legatorum bona sua, vel maiorem partem diuiserit non possit hæres repudiando hæreditatem consequi legatũ, probat text. in d. l. quid ergo. iuncta glo. verbo bona, ff. de leg. 1. vbi Paulus de Cast. dicit bene notabile. Idem Paulus in l. cum responso, C. de legat. Et est ratio secundum Ias. in d. l. filio pater nu. 26. Quia hoc casu ista prælegata succedunt in locum portionis hæreditariæ, & ideò assumunt naturam hæreditatis cuius loco succedunt, vt in l. Imperator, §. fin. ff. de lega. 2. & per alia iura quæ ibi allegat Ias.

25 Non † obstat & secundo contra banc nostram partem iuridicam, & communem conclusionem dictum Pauli de Cast. in l. Latinus Largus, nu. 2. ff. de leg. secundo, intelligentis supra dictam doctrinam, quam probauimus ex d. l. auia, procedere quando talis conditio est fauorabilis ei, cui apponitur, & relinquitur prælegatum, prout est illa cõditio, si erit sui iuris; quoniam per eam efficitur, vt acquiratur sibi, vt ibi & in d. l. auia. Hæc enim restrictio Pauli præterquam quod contradicit generalitati iurium supra adductorum, refellitur expresse per d. l. fi. §. fin. ff. de dolo mal. & met. except. vbi hæres instituta sub conditione volebat omittere hæreditatem, vt saluam tutelæ actionem haberet, & agnoscere legatũ sibi etiam relictum: dubitatum fuit an posset? Respondet tex. contra voluntatem petere, & ideò exceptionem doli obstituram. In quo quidem textus responso duo potissimum cõsiderari possunt, vt Pauli Castrens. responsum destruant. Primò quod conditio posita ibi in institutione non erat fauorabilis hæredi instituto, sed contraria, auferebat enim ei exactionẽ tutelæ pro portione testatoris, alterius præ defuncti hæredis, vt constat ex eodem text. Et nihilominus probat text. ille, conditionem censeri repetitam in prælegato posteà eidem hæredi facto, quandoquidem inquit text. illum contra voluntatem petere, si omittat hæreditatem, & agnoscat legatum, vt saluam tutelæ actionem haberet. Est igitur ibi text. expressus hoc modo consideratus contra Pauli restrictionem. Secundò contra Paulum arguo sic: Testator apposuit conditionem hæredi in institutione, etiam non fauorabilem ei, eadem igitur videtur mens testatoris in prælegato, eidem hæredi facto, etiam si conditio non sit fauorabilis: quoniam eadem voluntas repetendi conditionem præsumitur durare in prælegato, quæ fuit in institutione. Imò maiori ratione id videtur procedere; cum honorabilius sit titulus institutionis quam legati, text. & ibi glossa in l. filium, §. sed & si prætor, ff. de legat. præstand. Igitur si in eo, quod plus est, atque honorabilius apposuit testator conditionem, à fortiori in prælegato cum sit minus honorabilis titulus prælegati idem dicendum est. Tertio Pauli restrictio conuincitur, quia ipse eo fundamento eam probat, quòd dicta l. auia, & similes loquantur in conditione si erit sui iuris: & tamen idem Paulus in d. l. auia inquit, in quacunque conditione idem esse. Præterea Paulus in d. l. Latinus allegat pro sua noua restrictione, l. sed & si sub conditione, ff. de hæred. instit. quam non reperi: nisi voluit allegare, l. sub conditione, ff. eodem titulo. Desumitq; Paulus ex illa l. argumentum, conditionem non fauorabilem instituto non censeri repetitam, nisi expresse repetatur. Quæ quidem lex non obstat nobis. Tum, quia ipsa non distinguit de non fauorabili vel fauorabili conditione; tum etiam quia dicta l. sub conditione loquitur in conditione posita in institutione, an censeatur repetita in substitutione, quod est diuersum à nostro proposito, quia loquimur in conditione posita

in in-

in institutione, vt censeatur repetita in prælegato. Quæ quidem multum differunt, vt patet ex ratione assignata ad d.ll. sub conditione per Iaf.l. licet imperator nu.43.ff.leg.1.

26 Et † quoniam regulare id est, vt conditio apposita in institutione non censeatur repetita in substitutione, vt patet ex dictis per Doctores in d.l. sub conditione, & per Anton. Gomez. 1. tom. cap. 12. nu.37.& 80.

27 Quia † diuersitas personarum impedit repetitionem qualitatis etiam si ad esset dictio aliqua repetitiua secundum Socin.iun.consi.78.nu.16.17.& 18.volumine 3.quod secus est in nostro casu, quia non sunt diuersæ personæ hæres, & prælegataria, sed vna eademque scilicet d. Maria. Vnde conditio ei apposita in institutione merito censebitur repetita in prælegato eidem facto, item conditio nubendi ei apposita in institutione eum præd. Gundisal.erat ipsi Mariæ fauorabilis propter nobilitatem, generisque splendorem d. Gundisalui prout est probatum in processu, & sic nihil obest præd. Pauli restrictio, quáuis vera esset & tenenda, quod tamen diffiteor.

28 Item † alia restrictio Imolæ in dict.l. Auia.ad finem.ad nostram cõclusionem, scilicet, vt d.l. Auia. procedat quando conditio est apposita hæredi vniuersali, secus si vni ex cohæredibus, est contra text. expressum in l.fi.§.fi.ff.de dol.mal.& met. except. vbi filia sub conditione instituta cohæredes habebat. Et nihilominus ibi probatur expresse nostra conclusio: ego loquitur Imola contra text.illum, sicque ipsius opinio reijcienda est, immo & gloss. in d.l.cum ferunt & ibi Paul.ff.de condit.institut. tunc inquiunt in prælegato censetur repetita conditio in institutione apposita quoties prælegatarius institutus fuit hæres cum alio sicut in proposito contingit. Item quia ipsemet Imola hanc suæ restrictionem declarat procedere, nisi ex coniecturata mente testatoris aliud colligatur, quod & refert & sequitur Angel. de Gambel. in tractatu de testament.gl.58.nu.9.volum.7.tractat. diuers. doctorum.

29 Imo id † quidem generale est, vt ex vero simili mente testatoris inducatur conditionis repetitio, vt affirmat Paulus Castren. cons.410.n.16. vol.1. Benedictus Capra cons.60.nu.8.9.& 11.D. Molina plures referens de Hispanor. primogen. lib.1. cap.6. nu.25. Anto. Rub.cons.8.per totum, Socin. iunior.cons.144.nu.19.vol.3.In nostro autem casu plures coniecturæ concurrunt huius voluntatis: igitur habemus intentum.

30 Prima † coniectura est, quoties si prælegatum purũ remaneret, nec in eo intelligeretur repetita conditio institutionis, cohęres alius remaneret absque bonis præter legitimam sibi iure debitam, puta quia prælegatario cohæredi omnia bona, vel maior pars eorum prælegarentur. Et sic institutio alterius cohæredis frustratoria, inutilis, vel saltem modicæ existeret vtilitatis, prout colligitur ex traditis per Corneum consi.105.litera H.& sequenti lib.2. Quæ quidem coniectura mirè conuenit in proposito nostro. Quoniam, vt ex allegationibus partis aduersæ apparet in processu hæreditatis, nulla, aut saltem pauca bona remanent soluto prælegato, idque ipsum fatentur partes aduersę in suis allegationibus. Quod intelligens dict. Maria repudiauit hæreditatem, & acceptauit prælegatum.

31 Quod † facere minimè potuit, quia est cõtra voluntatem defuncti, atque proinde obstat ei exceptio doli.ex d.l.fi.§.fi.ff.de dol.except.qui est tex. expressus contra præd.cautelam, qua ipsa Maria vsa est repudiando hæreditatem, & acceptando prælegatum.

32 Et † testator in dubio minus quam possibile sit censetur velle grauare heredem, l. Titia, §.qui in vita & in l.vnum ex familia, §. si rem, ff. de legat.2. deducit Aymon Crauet. consi. 32. numero tertio, vbi ampliat etiam si aliàs legatum sit inualidum eundem Aym.consi.149.nu.15.& consil.167. nu. 14. & consi.187. nu.3. Decis. Pedemont.52.nu.8. Sicque erit hæc vna coniectura, qua censeri debeat voluisse testatorem præd.conditionem repetere in prælegato.

33 Pro † qua prima coniectura adduco etiam, quod tradit Capra vbi supra num.6.inquiens, quod legatorum quantitas magna relicta per patrem in testamento facit censeri quòd conditio si sine liberis decesserit posita in principio testamenti censeatur in sequentibus repetita.

34 Ex † qua causa, etiam vbi alias repetitio conditionis non esset facienda fieri deberet, quoties omnia bona vel maior pars bonorum in prælegato cõstituerentur secundum Socin.iunior.d.consi.144. nu.44.volum.3.

35 Secunda † igitur erit coniectura ex Corneo.vbi supra litera. L, scilicet, quãdo secundum relictum eidem personæ potest aliquid operari absque eo, quod inducatur correctio. sequitur Parisius consi. 105.nu.15.volumine 2. At in proposito exprimitur in prælegato, quod in institutione non erat expressum, neque prouisum, scilicet, de filijs hæredum, item de vinculo, & alijs, neque per repetitionem induceitur correctio: ergo censetur repetita conditio. Item legatum est plenius, quoniam illa bona dantur Mariæ præcipue, in institutione verò relinquitur vtrique hæreditas.

36 Tertia † etiam erit coniectura, quod in filia. d. Mariæ prælegatariæ disposuit volnitque testator, quod propositum quo ipsius testatoris iungeretur in matrimonium, si in bonis vinculatis talis filia succederet ob defectum masculorum, quam conditionem non expressit eo casu, quo filius masculus eiusdem Mariæ succederet in præd. vinculo, nullo alio respectu, nisi quia pro constanti haberet testator Gundisal.& Mariam præfatos contracturos esse inter se matrimonium, prout ipse insertat in testamento. Quo facto, quoniam masculus esse debebat ex familia testatoris, non apposuit vinculo prædict. conditionem contrahendi matrimonium cum propinqua testatoris, sicut apposuit filiæ fœminæ dict. Mariæ successuræ in dict. vinculo, quæ si extra familiam testatoris nube-

ret finiretur ipsa familia : quia in fœminis
non, sicut in masculis familia conseruatur ex l. 1.
§. penult. ff de ventr. inspic. l. lege, C. de legit. hæ-
red. Quo fit, vt testator voluerit conditionem nu-
ptiarum inter Gundisal. & Mariam contrahen-
darum in institutione appositam, censeri repetitá
in prælegato. Quia si in filia Mariæ testator ap-
posuit conditionem, vt propinquo ipsius nuberet,
cur & in ipsa Maria, ipsius matre, non erit censen-
dum eandem conditionem intelligendam esse?
Quæ sola coniectura sufficiens est ad nostrum in-
tentum.

37 Quarta † itidem ex supra dictis deducitur con-
iectura, quandoquidem identitas rationis repe-
tendi antecedentis in sequenti subest, quo casu
inducitur repetitio conditionis, vt bene conside-
rauit Bal. cons. 153. num. 2. vol. 5. decis. Pedemon.
52. num. 5. vbi alij referuntur.

38 Quinta † etiam erit coniectura, quoniam cum
voluntas coniecturata testatoris debeat sumi ex
aliquibus in testamento expressis, vt inquit Ma-
rian. Soc. iun. cons. 141. num. 22. vol. 2. & in cons.
197. num. 32. vol. 1. & arbitrio boni viri relinqui-
tur, quæ sit sufficiens coniectura, & sic arbitrio iu-
dicis, qui ex personis, causisque constituet eam se-
cundum eundem Soc. d. consi. 141. num. 23. Et in
præsenti institutione hæredum expresse voluit te-
stator nos cohæredes inuicem inter se contrahere
matrimonium, & bona sua conseruari in familia,
39 vt ex verbis institutionis apparet, ex † quibus col-
ligitur amor testatoris erga nomen familiæ & ip-
sius conseruationem iuxta tradita per D. Molin.
de Hispan. primog. lib. 1. c. 5. num. 34. & lib. 2. ca.
14. num. 5. & sequentibus. Et hæc est coniectura
clara repetendæ conditionis in prælegato secundú
Soc. d. cons. 141. num. 26. & cons. 4. num. 5. vol. 3.
Et hac de causa ne familia periret iussit testator
filiam Mariæ nubere propinquo ipsiusmet testa-
toris, consequens est voluisse censeri repetita præ-
dict. conditionem nubendi appositam in institu-
tione, in prælegato.

40 Sexta † & non minus singularis coniectura de-
sumitur à iure, quod si testator de hoc fuisset in-
terrogatus id expressisset, quo casu pro expresso
habetur iuxta gloss. fina. in fi. vbique approbatam
in l. tale pactum, §. fi. ff. de pact. notat Marian. Soc.
41 in proposito, vbi supra, num. 26. Quæ † coniectu-
ra coadiuuatur ex eo, quia minus à testatore dile-
ctus, non debet præferri magis dilecto, vt in l. Pu-
blius, §. fin. & ibi notant Doctores, ff. de condit. &
demonstr.

42 Et ex † ordine institutionis & substitutionis co
gnoscitur affectio testatoris, vt in d. l. Publius, §. j.
& ibi Doctores, & Marian. Soc. iun. cons. 151. nu.
8. volum. 2. l. quoties, ff. de vsufruct. tit. gener. Quę
consideratio sumitur ex eodem Soc. d. cons. 141.
num. 17.

43 Non † enim debet esse melioris conditionis mi
nus dilectus, quam magis dilectus, vt euitetur om-
nino absurdum secundum Carul. Ruin. cons. 51.
num. 10. vol. 3. argum. l. si viua matre, C. de bon.
mat. Sed testator in institutione primò nomina-
uit Gundisaluum; igitur magis dilectus est ab eo.

44 Septima † cóiectura sumi potest, ratione æqua-
litatis seruandæ ob quod césendum est repetitio-
nem fieri secundum Arer. cons. 1. prope fin. quem
refert & sequitur Marian. Soc. iun. cons. 71. nu. 7.
vol. 3. & Carolus Ruinus cons. 133. nu. 20. lib. 2.
45 fol. 186. Vbi † quòd conditio apposita in perso-
na vnius filij censetur in persona alterius repetita
ex præsumptione seruandæ æqualitatis inter eos:
46 ergo † à fortiori in persona eiusdem sic suadente
verosimili testatoris mente conditio apposita in
vno capite censetur in alio repetita secundum Ol
drad. cons. 141. nu. 2. Marian. Soc. iun. cons. 177.
nu. 10. & sequentib. volum. 3. vbi allegat Roman.
consi. 480. incip. in casu propositæ consultationis,
num. 8. dicentem conditionem in vno capite po-
sitá censeri repetitam in alio ex coniecturata men-
te testatoris, quando nulla ratio est quare magis
ad vnum quam ad alium referri debeat; sed in præ
senti militat eadem ratio æqualitatis seruandæ,
igitur, &c.

47 Octaua † iam sequitur coniectura, quæ potiùs
dici poterit expressa dispositio testatoris; & colli-
gitur ex verbis constitutis in fine clausulæ præle-
gati ibi. *E si no ouiere ninguna hija es mi voluntad lo
aya el mas propinquo mio con las condiciones ya di-*
48 *chas.* Nam † dictio, iam, est completiua, & non
reddit rem dubiam secundum Bal. in l. fi. num. 34.
in fine, C. de edict. diui Adr. toll. & significat tria
tempora, scilicet, præsens, preteritum & futurum,
vt per Bart. in l. 1. §. hoc autem, colum. 1. ff. de no.
op. t. nunc. & sic in præsenti significat conditioné
præteritam in institutione appositam, & præsen-
tes in clausula præfati prælegati deductas, & vt in
futurum obseruentur.

49 Vnde † inquit Bald. in l. Celsus, ff. de vsucap. &
in l. 1. ff. de aqua quotid. & æsti. & est tex. in 1. con
stitutione, C. in vers. omnem iam constitutionem.
& ibi Cynus, & alij, quòd hæc dictio, iam denotat
perfectionem actus, & continuationem, vt & in
passione Domini nostri Saluatoris. Cum iam se-
rò factum esset: & sic quod testator in præsenti actum
inceptum in institutione perficere voluerit in præ
legato, & continuare disposita.

50 Præterea † ponderanda est dictio, dichas, quia
significat ante dictas, & supra scriptas, vnde ad
præcedentia se refert secundum Bart. in l. 1. §. an-
tepen. num. 2. ff. de postulan. tendit enim ad con-
firmationem prædictorum secundum Decium có
si. 195. col. 3. & eos referens notat Soc. iun. consil.
144. num. 37. vol. 3.

51 Præsertim † iuncta illa dictione, iam, refertur
non solum ad ea, quæ in proximo præcedenti ca-
pite continentur, sed & etiam ad alia, si commode
potest, prout hic potest commodissime referri. Ita
notant Bart. in d. §. antepenul. & sequitur Decius
consi. 377. num. 5.

52 Vbi † quòd verba secundum ordinem supradi-
ctum faciunt repetitionem eorum omnium, quæ
supradicta sunt, vt & per Parisium cós. 1. nu. 129.
& cons.

&c conſ.2.& conſ.18,num,8. & conſil.71. num.7. lib.3.Gozad.conſ.57.num.16. Dec.conſ.182.nu. 3.& 4.& conſ.227.num.3.Soc.ſen.conſ.24. num. 14.volum.1.

53 Et † ideò ex natura horum verborũ, *ya dichas*, qualitas maſculinitatis in prima ſubſtitutione apposita cenſetur in ſequenti reperita ſecundũ Curt. iun.conſ.115.num.21. & Anton. Gabriel.libro 3. commun.opin.tit.de teſtamentis, concluſ.10. nu. 14.& iterum lib.6.tit.de verbor.ſignif.concluſ.6. nu.113.cum ſequentibus D. Molina, li.3. de Hiſpan.primogen.cap.5.num.64.

54 Item † clauſula in fine poſita refertur ad omnia præcedentia,l.1.C.de lib.præt. vel exhæred. l. talis ſcriptura,§.fi.ff.de leg.1. c.ſecundo requiris, vbi Doct præcipue Decius,de appell. Fely. in cap. cum cauſam,num.4.de reſcript. Decius conſi.11. num,13.& conſ.79.num.2.& conſ.539.num.4.& 673.num.2.Rolan.à Valle conſ.54. num.5.& 23. vol.4.Soc.ſen conſ.47.nu.10.vol.4. Nec obſtant tradita ab eodem Soc.conſ.10.num 25.volum.1: quia loquitur in duobus legatis, nos vero in inſtitutione,& prælegato, inter quæ longa eſt differentia,vt ſupra dictum eſt. Item, quia nos in hac clauſula, *Con las condiciones ya dichas*, non agimus, vt referatur ad aliud caput ſequens,prout Socin. loquitur,ſed ad caput inſtitutionis hæredum, & ad cõditiones ipſius præcedentes,quod eſt diuerſum.

55 Et † cum ad præcedentes conditiones ſe referat teſtator in prælegati clauſula, eſt perinde ac ſi eas repeteret cum ſuis qualitatibus, vt vltra ſupra dictos tenet Roland.à Valle conſ. 54. num.31. & 32.lib.4. vbi loquens in dictione. dicta hanc communem dicit.

56 Quoniam † in ſcriptura referente dicitur contineri quicquid continetur in ſcriptura, vel clauſula,ad quam fit relatio,l.aſſe toto,ff.de hered. inſtit. Bart.in l.1.ff.de recept. & in l. ſi quis ſeruum, §.fi.num.5.ff.de leg.2. Abb.conſ.28.nu.3.lib.1.& conſ.4.lib.2.Syluan. conſ.68. num.5. lib.2. Dec. conſ.45.num.4.

57 Et † relatiuum debet intelligi reſpectu ſubſtantiæ actus,& omnium ipſius qualitatum,l.a filio,§. teſtator,ff.de aliment.& cibar.legat. Aymon.conſi.47.num.4.

58. Hinc † ſolet dici,quòd tanta eſt vis & obligatio in termino referente, quanta eſt in eo ad quem fit relatio iuxta text.in l.ſi prior,ff.ſol.matr.

Item, quòd hæc ſit voluntas teſtatoris apertè demonſtratur ex alia clauſula, teſtamenti ipſius, qua loquens propriæ vxori dixit, *Por vueſtra vida ſeñora que tengays cuenta con mis ſobrinos,pues ſabeys que los vueſtros ſon ricos:* Quia dictus Gundiſal.erat propinquus teſtatoris,ipſa autem Maria, vxoris ipſius coniuncta.

59 Quibus † coniecturis ſic præhabitis reſtat reſpondere ad l.ſi te ſolum,ff.de hæred.inſtit.& l. ſi ita ſcriptum 67.in ordine eodem tit. Vbi probatur,q in duabus inſtitutionibus,vna pura,& altera conditionali,plenior,& fauorabilior heredi attendenda eſt,& in legatis nouiſſimam conditioẽ expectari dicit tex.in l.quod traditum eſt, cum ſequentib.ff.de condit.& demon. Reſpondeo enim, primò quòd d.l. ſi te ſolum, & ſimiles loquuntur cum vnus tantum hæres eſt inſtitutus, non verò quoties adeſt inſtitutus,etiam alius cohæres,prout in noſtro caſu duo adſunt cohæredes; tunc autẽ d.l.ſi te ſolum & ſimiles non procedunt glo. in d. l.ſi te ſolum. Vel ſecundò reſpondeo,quòd tex.ille loquitur in duabus inſtitutionibus, prima conditionali.& ſecunda pura: nos vero nõ loquimur eo caſu, ſed tantum in vna inſtitutione duorũ hæredum & in prælegato vni eorum facto & per conſequens non ſumus in materia d.l.ſi te ſolum, ſed d.l.Lauia,& ſimil. Ratio autem differentiç patet ad oculum. Nam duæ inſtitutiones,vna pura,& altera conditionalis contrariæ ſunt, & ſe non compatiuntur: ideò nimirum, ſi vna earum debeat præualere: ſed inſtitutio,& prælegatum,de quibus in noſtro tex.ſibi non aduerſantur,etiamſi conditionem inſtitutionis repetamus in prælegato,ſed optime compatiuntur. Sic & d.l.quod traditum eſt, 60 non obſt. Nam duo † legata ſi ſe compaterentur ambo valerent, nec vnum per aliud tolleretur, quemadmodum,& in terminis l.pacta nouiſſima, C.de pact.quæ de pactis loquitur, ſi pacta nouiſſima ex interuallo facta non ſint contraria primis, valent ambo,& nunquam partes cenſentur primę cõuentioni derogare velle in dubio,niſi ſit expreſſum ſecundum Dec.conſ.195.nu.3. Aymon Crauet conſ.26.nu.7. Nec obſtat, quòd prælegatum fuerit conceptum in propoſito per verbum, hærede,& ſic videtur potius inſtitutio. Quia reſpõdeo, quòd hæres inſtitutus in re vel rebus certis dato cohærede vniuerſali habetur loco legatarij, vt in l.quoties cum materia,C.de hęred.inſtit. Et ſic ex ſupradictis omnibus clare patet bonum ius fouere d. Gundiſaluum in præſenti cauſa.

Supereſt, vt ſatisfaciamus aſſertioni partis aduerſæ dicentis, vendita fuiſſe, iudicis auctoritate bona prælegata, atque vinculata ad ſoluenda debita defuncti, & redimendos eius annuos cenſus, ac per conſequens non poſſe euincei ab emptorib. Quoniam huic obiectioni primò reſpondeo, pręd. alienationem, nullam fuiſſe, quia fuerunt alienata cum mala fide, & exequutores teſtamenti non habuerunt mandatum ad vendendum. Tum etiã, quia falſa cauſa fuit interpoſitum decretum iudicis, vt ipſa alienarentur,quia erant alia bona mobilia, quæ vendi poterant pro exoluendis debitis defuncti, ex quo probatur mala fides võditorum.

61 Quia † in illo qui ſcit rem vendi indebitè atque iniuſtè præſumitur mala fides iuxta text. in l. qui fundum,§.qui procurator,ff.pro empt. Greg. Lopez in l.18.tit.28.par.3.in glo. *En buena fee*, vbi inquit idem eſſe ſi vendatur abſque citatione eius, cuius intereſt,qui in propoſito fuit d.Gundiſ. Et minimè conſtat,quòd ad præd.alienationes fuerit citatus,quia diuerſa eſt citatio ad adeundum, vel repudiandũ hęreditatẽ,à citatione quæ requiritur ad vendendum: & in proceſſu exiſtit probatum, eſſe in hæreditate alia plura bona,quæ vendi poſſent,

sent, ex quorum pretio satisfieri posset debitis de-
functi, cæteris bonis in vinculo prædict. consentis
62 remanentibus intactis. Itaque † emptor etiam
emit contra dispositionem iuris: & qui contra
iura mercatur, malam fidem præsumitur habe-
re vt in l. quemadmodum in fine. C. de agricol.
& censit. lib. vndecimo, & in cap. qui contra ius
de regu. iur. in 6. vbi inquit Dynus, quòd facta con
tra iuris formam intelliguntur prohibita de iure.
Et quòd alienatio præd. bonorum fuerit facta con
63 tra ius probatur. Qui † prius incipiendum erat à
bonis mobilibus, & se mouentibus & eis minus
damnosis; his autem deficientibus, immobilia mi-
nus vtilia vendi possent secundum Bart. in l. alio
nu. 13. ff. de aliment. & cibar. legat. & tradit opti-
me Tellus Fernandez in l. 32. Tauri. num. 7. argu-
mento text. in l. à Diuo Pio. §. in venditione. ff de
re iudic. & in l. magis puto, §. non passim. ff. de reb.
64 eorum. Et in † venditione rerum minorum ex illis
iuribus tradit optime hæc, & alia plura requisita
necessaria vt valeat venditio congerens Roland. à
Valle cons. 33. nu. 4. & sequentibus li. 1. & cōs. 60.
nu. 6. & sequentibus libro 4. Menoch. de arbitra-
rijs iudic. casu 171. nu. 11. Præcipue, quia licentia
iudicis ad vendendū fuit conditionalis, & restri-
cta. Nempe si verum est, quòd non extant mobilia,
sicut ei fuit narratum, item quòd minus damnosa
venderentur, sicut est de iure, vt per Roland. à Val
le vbi supra.

65 Item † non constat, quòd creditores instarent
eum effectu, prout requiritur ad hoc, vt venditio
bonorum immobilium minoris fieri possit, vt per
Roland. à Valle. d. cons. 33. nu. 2. & d. cons. 60. nu.
2. & sequētibus alios allegantem. Quo fit, vt ex su-
pra dictis omnibus iam clare liqueat subreptitiam
atque commentitiam fuisse narrationem iudici fa-
ctam, vt supra dictum decretum ad vendendam d.
bona interponeret, ipsumque inter positum fuisse
ex falsa causa.

66 Quo † extante, decretum fuit, estque nullū, text.
est in l. 1. §. 1. ibi, manente pupillo actione, si posteà
potuerit probare obreptum esse prætori. ff. de reb.
eorum. Cui est similis text. in l. magis puto. §. fi.
ver. proinde. ff. eodem tit. l. fi. C. si aduers. vend. &
ibi doctores. Et sic nulla est vendisio quoniam de-
ficit fundamentum, ac proinde omnia, quæ inde
sequuntur corruūt vt probatur ex l. fi. ff. de constit.
pecun. cum similib.

67 Et † adeo verum est falsam causam vitiare de-
cretum, vt procedat etiam si præd. falsa causa in de
creto minime inferatur, vt ex dictis iuribus con-
stat, & profitetur communem Alexand. cons. 207.
nu. 7. & 8. lib. 7. relatus per D. Molin. de Hispan.
primogen. lib. 4. §. 4. nu. fi.

68 Et † hoc modo limitatur text. in capi. 1. de re
iudic. requirens expressionem causæ in sententia,
vt nulla dici possit, quia hoc non procedit in de-
creto iudicis falsa ex causa interposito: quoniam
ipsum vitiatur, & est nullum, etiā si falsa causa in
eo non inseratur, vt in d. cap. 1. expresse notat Fe-
lin. nu. 16.

69 Hinc † dixit eleganter Curtius iunior, consil
118. nu. 10. in secunda parte, quod decretum tra-
hens ex falsa causa originem siue tacite siue expres
se est ipso iure nullum, nedū si causa sit in totum
falsa, verum etiam si partim sit vera, & partim fal-
sa, quod est profecto notandum in proposito. Et
testes qui deposuerunt ante decretum non extare
bona mobilia nec se mouentia vtileque esse immo
bilia vendi, apertè decepti sunt, vt probatum exi-
stit, manifesteque nunc apparet, pluresque illorū
circa vtilitatem sub conditione loquuntur, scili-
cet, si ita est.

70 Nec † oberit si dicatur ex cursu temporis præ-
sumi omnia rectè & solenniter facta, vt sunt iura
vulgaria, Quia respondeò primo hoc cessare in
cursu parui temporis, vt in l. sciendum, & ibi Do-
ctores. ff. de verb. obligat. Item illud non procedit
quando constat, vel probatur contrarium, quia
tunc cessat præd. præsumptio secundum Matthæū
de Afflict. decis. Neap. 107. nu. 5. Sed in proposito
non solum probatur contrarium, sed etiam partes
aduersæ id fatentur per productionem inuentarij
bonorum defuncti: & rationis redditionem à se
factam, igitur, &c.

71 Tandem † quòd res alienata absque iuris solen
nitate sit restituenda cum fructibus, testatur verio
rem, & crebriorem & secundum eam iudicatum
fuisse in senatu Pedemont. plures allegans lateque
agens pro vtraque parte decisio Pedemont. 159.
per totam, vbi quòd hoc casu pretiū debet restitui
cum vsuris licitis.

Nec dicta bona prælegata poterant, nec debe-
bant vendi ad redimendos annuos census super
ipsis constitutos: quoniam partes aduersæ faten-
tur, eosdem census constituisse testatorem, & con-
stitutos reliquisse, quo fit vt ipsemet testator id sci
ret, nec enim ignorare poterat.

72 Quia † in facto proprio non est tolerabilis igno
rantia, vt in l. quanquam, ff. ad Vellei. & in l. fi. ff.
pro suo. & in l. fi. C. de hęred. instit. maxime cum
quotannis eos solueret.

73 Atque † ideò testator non fuit visus legare in
his bonis, nisi tantum ius, quod in eis habebat, vel
partem suam, nō vero partem alterius, in re nec in
æstimatione. l. seruis electione. §. 1. ff. de legat. 1. &
ibi gl. & communiter Doctores. Licèt aliàs, si lega-
res scienter rem, quæ in totum esset aliena debere-
tur saltem æstimatio ipsius, vt in l. cum alienam
C. de legat. & in §. non solum institut. de legat.
Cuius ratio est, quoniam quoties legatur res om-
nino aliena, nō potest animus magis ad vnam par-
tem, quam ad aliam applicari, sed quando habet
ius vel partem in aliqua re, & illam legat ad illud
tantum, quod in ea habet mens applicatur, & vo-
luntas, ideoque illud tantum debetur. Hanc com-
munem testatur Anton. Gomez. 1. tom. cap. 12.
num. 15. & Couar. in cap. filius noster nume. 2. de
testamen. & in pract. quæstionib. cap. 1. nu. 2. & 3.
gl. mag. in fine in l. 10. tit. 9. parte 6. Aleiat. de præ-
sump. 3. reg. præsump. 34.

74 Vbi † ampliat etiam si ius illud esset tempore,
vel

vel morte periturum, & inualidum, quia adhuc nihil amplius videtur testator legasse, vt in l. vxor patrui. C. de legat. cum similib. quam ampliationem testantur communem Anton. Gomez Alciat. & Couar. vbi supra.

75 Vbi † addit hoc procedere etiam si legatum fiat coniunctæ personæ dicens ita communiter teneri.

76 Imo † procedit, siue testator fuerit sciés siue ignorans, & siue vtatur pronomine, meum, siue non, secundum Paul. de Castr. in l. serui electione. §. fi. ff. de leg. 1. & Ant. Gomez vbi supra quasi censeatur maior præsumptio, quòd testator potius voluerit non grauare hæredem ad redimendum, quam pactus valeat, vt inquit Ias. in l. quod in rerũ. §. 1.

77 ff. de legat. 1. Nec † hæres in proposito tenebatur, nec tenetur luere præd. census annuos, quia cẽsus annuus censetur quædã seruitus ipsi rei inhærens, & sic legatario incumbit onus soluendi illos, vt tenet. D. Anton. de Padilla, in l. prædia nu. 11. C. de fideicommiss. sic limitando text. illum, cum bona obligata censui plus valerent quam census ipse vt apparet ex venditionibus rerum prælegatarum, & ex instrumento dotali d. Mariæ vbi continetur promissio, quod solutis eosdem sibus supererunt tercenta millia nummorum.

78 Nec † obstat, quòd legatariæ fuit appositum grauamen, ac proinde æstimationẽ totam deberi quia præterquã, q̃ census annuus, sit quædam seruitus: quo casu limitatur d. l. prædia, vt supra est dictum, illud intelligitur, quando grauamen esset atque consisteret in faciendo aliquid ex fructibus rerum legatarum secundum Ias. in d. l. quod in rerum. §. 1. In nostro verò casu simile grauamen non fuit appositum. Item tanto minus erat in bonis quantũ census valebat, vt inquit Abb. in capitulo in aliquibus numero secundo, de censibus, quia bona dicuntur deducto, ære alieno vt in l. subsignatum, § bona, ff. de verb. signific. & in computatione facienda deducenda prius sunt debita vt plu ribus probat Gasp. Baeca de non melior. ratione dot. filia. c. 28. per totum. Itaque non potuerunt d. bona vendi pro redimendis præd. censibus, præmaximè cum eadem Maria prius simpliciter acceptasset vinculum præd. & posteà vendiderit bona eiusdem vinculi, & quod semel placuit amplius displicere non potest, vt in reg. iuris, nec contra id quod probauit venire posteà potuit, vt in l. cum à matre, C. de rei vendic. & in l. venditricẽ. C. de reb. alien. non alien.

79 Alia † etiam ratione alienari minimè potuerunt bona præd. prælegata, quoniam, scilicet, fuerunt vinculo subiecta per testatorem absque licentia regia, quo casu etiam cum ea alienari minimè possunt, secus si facultate regia fuerit vinculum constitutũ iuxta glossam magn. col. 8. in fine in l. 3. titulo 13. parte. 6. D. Molina. de Hispan. primogen. lib. 4. c. 3. nu. 10. vbi alios allegat. Multò igitur secius cum licentia iudicis ordinarij vendi potuerunt, etiam in melius nec vtilius, ne voluntas testatoris peruertatur, præsertim si ipsa ad id non conueniat secundum Molin. d. lib. 4. cap. 4. nu. 10. & sequentibus,

Sed voluntas testatoris in præsenti fuit manifesta conseruandi bona vinculata & ne alienarentur, sed perpetuò permanerent, alienari ergò minime potuerũt: præmaximè quod testator sciens annuos redditus constitutos esse super præd. bonis, ea vinculo subiecit, quo eius voluntas colligitur, ne ven-

80 di possent ad ipsos redimendos. Nam, † qui in sua dispositione vult vnum quid, censetur & velle omne aliud, sine quo istud vnum esse non potest in necessarium antecedens suę dispositionis ex tex. in l. nec is. §. 1. & l. illud, ff de acquir. hæred. tradunt Doctor. in l. 2. ff. de iurisd. omn. iud. & in terminis nostris hãc testatur tritissimam iuris regulam Marian. Socin. iuu. consi. 28. nu. 6. vol. 2.

81 Præterea † casu, quo vẽdi possent deberet præcedere licentia regis, adhibita eius mandato causæ cognitione secundum D. Molin. vbi supra. 3. part. c 6. nu. 25. lib. 4.

82 Præsertim † eo casu, quo ad id efficiendum maioratus non esset adstrictus, sicut in proposito non erat, bonaque vinculata plus valebant quam census, quo casu secundum D. Molin. vbi supra licentia concedi non debet ad vendendum, & destruendum maioratum, sed vt prouideatur, vt conseruetur, & vt id tantum liceret vendi, quo opus erat ad redimendum censum & id quidem, quod minoris valoris esset secundum Molin. d. l. 4. cap. 4. nu. 4. ex text. in l. Lucius, ff. de exercit. allegat per Bald. in l. fi. §. sin autem legata, C. de bono. quæ lib.

83 Et † prius deberent vendi bona libera quam vinculata. l. Pater filium in princip. ff. de legat. tertio nota D. Molin. vbi supra lib. 1. cap. 10. nu. 4. Quod in præsenti alienatione non fuit obseruatum; quia non erat necessarium vendere omnia præd. bona vinculata. Constat igitur inique, & perperam fuisse alienata præd. bona vinculata.

84 Præterea † prælegataria præfata nõ potuit repudiare hæreditatem condicionalem, & acceptare prælegatum, in quo eadem conditio censebatur repetita per supra dicta, vt est text. expressus de hoc in d. l. si. §. fi. ff. de dol. mal. & met. excep. Præcipuè hoc in casu, in quo prælegatum accepit à testatore primo institutore, non vero ab alio tertio; quia tunc succedit iure hæreditario de prædict. legat. secundum D. Molin. d. li. 1. c. 8. nu. 12. & 13, ideò nõ potest vnam partem hæreditatis repudiare, & alteram adire vt in l. 1. & 2. ff. de acqu. hæred. Maximè, quia si ipsa non repudiasset, esset hæres, & ex bonis hæreditarijs absque vinculo poterant redimi præd. census, vt probatum existit in processu: vnde in fraudem præd. conditionis, nec in destructionem vinculi minimè potuit repudiare hæreditatem, & acceptare prælegatum, nec bona prædict. vendere.

85 Quibus † non obstat l. qui filiabus, §. fi. cum l. sequenti, ff. de legat. 1. cum similibus dum probant, quòd hæres institutus, cui est factum legatum, potest repudiare hæreditatem, & acceptare legatum, quod hodie approbatur in l. 2. tit. 9. p. 7. vbi limitatur nisi testator expresse contrarium iubeat. Nam iura hęc loquuntur in institutione pura, nos verò

&

& d.l.fin.§.fin.in conditionali. Vnde in fraudem conditionis appositę in institutione,non licet acceptare prelegatum,& repudiare hereditatem, vt in d.l.fi.§.fi.Quia iam repugnat voluntas testatoris; vt in d.§.fi.probatur,ibi,contra voluntatem petit. ita adnotante gl.ibi,verb.voluntatem,& gl.in d.l. qui filiabus, §.fi.gl.1.se remittit ad solutionem datam in d.l.fi.§.fin.quę est supra dicta, & ibi eam sequitur Bar.glo.etiam fin.in l.cum responso, C.de leg. vbi Salicet. & Paulus,ad quam glossam se refert alia in l.filio pater.ff. de leg.1.vbi Bar. & Ias. n.33.quod etiam probatur argumento l. quid ergo, ff.de legat.1.& ibi notat Ias.nu.13. Et constat de voluntate testatoris quando apposuit conditionem in institutione vt sub ea relinquere voluerit prelegatum,vt est casus in d.l.fi.§.fi. per quem tex. ita declarant hanc materiam. Bart. & Paulus optime in d.l.cum responso adde.l.36. vers. fueras ende tit.9. part.6. Huic consilio se subscripsit etiam idem Doctor Azeuedo. Et posteà obtinuimus sententiam in fauorem d. Gundisalui, qua declaratū fuit, præd. conditionem censeri repetitam in prelegato,ac proinde hereditatem & prelegatum amisisse prefatam Mariam,eò quòd alteri nupserit cōtra voluntatem testatoris, & pertinere ad d. Gundisaluum,prout fuit petitum,quæ sententia in totum fuit postea confirmata in regali cancellaria Pinciana.

SVMMARIA.

1 *Aduersus debitorem debitoris facta adiudicatione debiti alicui creditori, potest agi eadem via exequutiua qua principalis creditor defunctus, & ipsius hæres,siue testamentarius agere poterat & nu.11.*
2 *Adiudicationis debiti descriptio.*
3 *Gabella berbarum debet peti intra annum exitus pecoris,iuxta.l.Regiam.*
4 *Tribus apochis solutionis redditus trium annorum productis præsumuntur soluti redditus præcedentium annorum,& nu.19.quomodo intelligatur.*
5 *Inferior non potest reuocare legem superioris.*
6 *Hypothecaria quāuis contra obligatū in instrumento guarentigio sit executiua, aduersus tamen tertium possessorem vel successorem non habet vim executionis,sed viæ ordinariæ.*
7 *Exequutio fieri non potest contra debitorem debitoris, nisi præcedente excussione in bonis principalis debitoris.*
8 *Debitor debitoris dum fit exequutio contra eum, si alleget solutionem,vel aliam legitimam exceptionem de necessitate est audiendus.*
9 *Ordo datus in §.in venditione,l.à Diuo Pio.ff.de re iudic.si omittatur, an sit ipso iure nullum,quod agitur vel per appellationem reuocandum?*
10 *Creditori, cui à iudice est facta assignatio alicuius nominis debitoris sui,competit actio vtilis ad exigēdū.*
12 *Exceptio debitori creditoris obstans obstabit etiam ipsius creditori supra d.casu.*
13 *Retentio, quæ competit vxori constante matrimonio in bonis mariti,ipso vergente ad inopiam pro sua dote non potest fieri de omnibus bonis ipsius, sed debet de multis bonis eligere vnum prædium forte de melioribus vsque ad concurrentem ęstimationem suæ dotis.*
14 *Vxor mortuo viro licet possit mariti res retinere pro dote,hoc tamen procedit antequam hæres intret possessionem bonorum, alias non posset hæredibus non consentientibus.*
15 *Citatio generalis per edictum, vel proclama non sufficit quando creditor certus est.*
16 *Retentio mortuo marito competit in domo, in qua simul habitabant,& in bonis ibi sitis.*
17 *Excussio requiritur etiam in actione de dote priuilegiata,priusquam agatur contra tertium possessorem.*
18 *Sententia lata contra eum, cui ius principaliter competebat in negotio nocet & plene preiudicat, alijs etiam ignorantibus ius dependens à primo, contra quem fuit lata prætendentibus.*

CONSILIVM XIX.



Omina Maria vxor quondam domini Didaei post mortem viri petijt sua bona dotalia valoris quinque milliū aureorū, seque præferri in bonis mariti pro sua dote omnibus alijs ipsius creditoribus,tanquam prior in tempore,& potior in iure. Et statim petijt se tueri in omnibus bonis sui mariti sua hypotheca, & quòd iudex iuberet debitores hæreditatis ratione rerum quas ex subhastatione bonorum d. defuncti extraxerunt, sibi soluere,produxitque instrumentū dotale,& aliud solutionis receptionisque dotis, in quo maritus se cum bonis suis obligauit restituere bona dotalia vxori, vel ipsius hæredibus statim soluto matrimonio,non expectato vllo iuris termino. Iudex citauit creditores mariti per edictum,& proclama generale: tandem accusata eorum contumacia, lapso termino assignato protulit sententiam, qua tueri iussit d. Mariam pro suis bonis dotalibus in omnibus bonis sui mariti iam defuncti,& in debitis (hoc est) nominibus 1 iussitque debitores hæreditarios ex causa subhastationis d. dominæ Mariæ soluere. Hæc sententia fuit intimata cuidam ex supradictis debitoribus,vt solueret quantitatem debitam, d. Mariæ, petitaq; fuit ab ea aduersus eum exequutio producto instrumento publico subhastationis earum rerum cum suis pretijs, quas ipse debitor ex subhastatione defuncti extraxerat ab eodem recognito. Ipse se ex aduerso opposuit allegans,iam (exequutore testamenti eiusdem defuncti à se priùs petente dictum debitum) duabus sentētijs supersederi iussum fuisse in alia exequutione, ratione compensationis alterius debiti liquidi à præd.debitori oppositę quarundam gabellarum sibi à defuncto debitarum, donec constaret an hæredes cuiusdam inquilini d.defuncti,soluissent,nec ne præd. gabellas, apud quē inquilinum reliquerat idem Didaeus certam pecuniæ quantitatem redditus,hasque sententias transisse in rem iudicatam, ideoque præfatæ Mariæ obstare

nunc

nüit exceptionem earum, item, quòd ipse erat ter-
tius possessor, sicq; via exequutiua aduersus eum
agi minimè posse, sed ordinaria, qua probaret d.
Mariam esse solutam & satisfactam de sua dote.
Ex aduerso aliæ rationes adducuntur. Tandem
iudex ordinarius ad instantiam viduæ iussit fieri
exequutionem in bonis debitoris supradicti pro
d. debito: quo citato ad vltimam pignorum ven-
ditionem faciendam (quod vulgò para remate di-
citur) opposuit, se d. reus iterum allegans supra di
cta, seque appellasse à præd. mandato de exequen-
do prout appellauit, atque proinde non esse pro-
cedendum in causa, recusauitque ipsum iudicem
ordinarium, qui me in socium d. causæ elegit. Et
viso processu omissis alijs articulis & quæstionib.
tangentibus an præd. debitum gabellarum sit ve-
re debitum nec ne, quia id alio iudicio agendum
erit, vtpote altiorem indaginem requirens, solum
restat scire an præd. via exequutiua à domina Ma-
ria intentata de iure habuerit locum, nec ne, vel
saltem hoc eodem iudicio sit condemnandus reus
ad solutionem debiti faciendam d. Mariæ?

Et † primò quòd præd. via exequutiua habeat
1 locum probatur, quia debitum dominæ Mariæ est
liquidum & anterius & continetur in scripturis
publicis guarentigijs in processu productis & iam
aduenit dies reddendæ dotis, quia morte viri fuit
solutum matrimonium, vt in toto tit. C. & ff. solu.
mat. cum similib. Debitum autem, quod reus præ-
tendit in bonis defuncti, est posterius, minimeque
instrumento continetur, quod liquet: nullamque
in hoc reus habet exceptionem nec allegat. Insu-
perque ipse tenetur soluere, ea, quæ ex subhasta-
tione deduxit. Exequutio ergo rite facta est, lo-
cumque habet vigore d. instrumẽti recogniti iux-
ta leges huius regni. Secundo hæc pars proba-
tur, quia propter præd. manutentionem, seu assi-
gnationem dictorum bonorum & debitorum fa-
ctam à iudice d. dominæ Mariæ fuit acquisitum,
nouum ius eidem ad exigendum dictum debitũ,
ac per consequens sicut hæredes vel testamentarij
d. defuncti poterant via exequutiua agere aduer-
sus d. reum eodẽ modo & d. Maria id poterit pro
sua dote ratione d. adiudicationis sibi factæ iuxta
tradita per Doctores in l. 2. C. quand. fiscus vel
priuat. præcipuè Barto. Bald. & Salic. idem Barto.
Angel. Imol. & Alex. in l. à diuo Pio. §. sic quoque.
nu. 12. ff. de re iudic. Quo loco in d. l. 2. licet requi-
rant missionem in possessionem. d. nominis esse
faciendam, vt via exequutiua locum habeat aduer-
sus debitorem debitoris, iam satis in proposito
hæc interuenit ex supradicta iudicis sentẽtia, iuxta
gl. in d. §. sic quoque verbo capi & conuerti, vbi ex
2 ponit, quòd iudex debet † dicere, habeas illud no-
men loco pignoris, sequuntur Bart. & Paulus ibi.
Vbi Alex. nu. 11. inquit quòd Bart. & alij dicunt,
quòd melius loquitur gl. in l. 1. C. de præter. pign.
Quæ vult, quòd vocabitur iste debitor debitoris,
& interrogabitur, an sit debitor, & si confiteatur,
dicet iudex, iubeo istud nomen esse pignori apud
talem creditorem. Habet enim talis signatio vim tra
ditionis, scilicet, illud quod operatur traditio in re-
bus corporalibus, vt ibi probat, & est communis
secundum Ias. in d. §. sic quoque nu. 3.
3 Tertio, † quia debitum quod prætendit dictus
reus videtur iam esse præscriptum cursu tempo-
ris decennij quandoquidem iuxta l. regiam 13. ti.
17. li. 9. in noua copilat. reg. debebat petere præd.
gabellas herbarum intra annum exitus pecoris
hoc non fecit, igitur.
4 Imò † præsumitur solutum d. debitum, quia
fuerunt productæ tres apochæ solutionum trium
annorum posteriorum gabellæ dictarum herba-
rum: gabellæ ergo præcedentium annorum præ-
sumuntur solutæ iuxta tex. cum materia in l. qui-
5 cunque. C. de apoch. public. libro 10. Nec † obstat
conditio apposita in conditione Gabellarum, quæ
habet, vt non possit opponi præscriptio longi vel
longissimi temporis, quia respondeo factores redi
tuum regalium conducentes gabellas minimè po
tuisse derogare. d. l. Regiæ præfigenti terminum
intra quem debeant peti, quia inferior non potest
reuocare legem superioris vt in c. cum inferior cũ
similibus de maiorit. & obedient. Nec obstant sen
tentiæ latæ aduersus exequutorem testamenti de
quibus supra in casus positione, quia sunt res in-
ter alios actæ, ideò non præiudicant dominæ Mariæ
ignoranti vt in l. sæpe, cum materia. ff. de re iudic.
Præmaximè, quia d. Maria non petit tanquam hæ-
res, nec cessionaria hæredum dicti Didaci, vt sibi
obstent d. sententiæ, sed tanquam creditrix iure
proprio, & hypotheca sua, ideò exceptio, quæ ob-
staret defuncto, ipsiusque hæredi, sibi nõ obstabit.
Rursus pro contraria parte, imò quòd via exe-
quutiua non habuerit locum in proposito & sit an
nullanda reseruando ius partibus, vt qua melius
sibi viderint via expedire à iure permissa, expe-
riantur, faciunt sequentia.
Primo, quia domina Maria prius, & ante om-
nia egit ordinariè & summariè in eodem libello
hypothecaria pro sua dote petijtq; tueri pro ea in
bonis, & debitis sui mariti, vt constat ex processu.
6 Hypothecaria † autem quamuis contra obli-
gatum in instrumento guarentigio sit exequuti-
ua, aduersus tamen tertium successorem non ha-
bet vim exequutionis, sed viæ ordinariæ, vt expres-
se docet Bald. in l. 1. num. 6. C. communia de le-
gat. quem sequuntur plurimi à me allegati in re-
pet. l. nemo potest, num. 35. ff. de legat. 1. vbi etiã
docui aduersus tertium possessorem non habere
locum viam exequutiuam, adde Couarr. in pra-
ctic. quæst. c. 15. nu. 7. Sed dictus debitor est tertius
possessor contra eum igitur non habet locum via
exequutiua, sed ordinaria.
7 Secundo, † quia exequutio fieri non potest
contra debitorem debitoris nisi præcedente ex-
cussione in bonis principalis debitoris, text. in l.
1. C. de condict. ex leg. l. à Diuo Pio, §. in venditio-
ne & in §. sic quoque, ff. de re iudic. l. 3. titul. 27.
part. 3. text. expressus in l. 2. 3. & 4. C. quand. fisc.
vel priuat. Roderic. Suarez in l. post rem iudica-
tam, vers. Secundo quæro, folio 338. ff. de re iudic.

8 Quo † loci, num. 5. asserit quòd si talis debitor debitoris obligatus per instrumentum publicum alleget solutionem, vel aliam legitimam exceptionem de necessitate est audiendus secundum Salicet. quẽ refert in d. l. 2. qui hoc tenet. Sed reus in præsenti allegat compensationem, & sic solutionem, & sententiam iudicis transactã in rem iudicatam de qua supra in casus positione, item non est facta excussio in bonis principalis debitoris, scilicet, Didaci defuncti, item d. reus asserit insuper, quod si ipse audiatur ordinariè probabit solutionem dotis petitæ à d. Domina Maria, audiendus igitur & admittendus erit via ordinaria, non vero procedendum est aduersus eum via exequutiua. Augetur hoc fundamentum, quia siue teneamus opinionem Bart. num. 9. in d. §. in venditione
9 vbi inquit † quòd si omitatur ordo illius text. nõ putat esse ipso iure nullum quod agitur, quia talis ordo non ponitur, vt sit necessitas, sed quia pars grauata reuocaret per appellationem: cuius opinio propter authoritatem ipsius, & Ioannis Andreæ fortè obtineret in practica secundum Imol. ibi num. 11. & est magis communis secũdum Ias. ibi num. 19. & Gregor. Lop. in d. l. 3. gloss. 1. siue teneamus contrariam opinionem, quæ habet esse ipso iure nullum, quod agitur prędicto ordine nõ seruato, quæ est verior, vt cum aliquibus tenet Alexand. in d. §. in venditione nu. 13. & 38. Ias. d. nu. 39. eamque plures referens sequitur Auend. c. 17. prætor. num. 4. & sequentibus vbi eam probat d. l. Regia: aut processus hic est nullus propter non seruatum d. ordinem, aut per appellationem d. rei ab exequutione suspensus, & sic non habet locum exequutio.

10 Tertio † quod d. Mariæ obstent præd. sententiæ in specie probo, Nam assignatione facta a iudice creditori alicuius nominis debitoris cõpetit creditori actio vtilis, glossa supra allegata in d. §. sic quoque, & ibi Doctores, Doctores in dicta l. 2. C. quand. fiscus vel priuat. Hæc autem actio vtilis aut est hypothecaria, eo quod præd. verba iudicis in assignatione prolata inducant pignus, sicut conuentio partium; aut vtilis personalis, quia directè competit debitori principali condemnato contra suum creditorem. Vnde etsi contra debitorem debitoris poterat dirigi via exequutiua à suo creditore hæc eadem poterit per victorem proponi: & sic non erit necesse intentare tunc vtilem actionem, sed poterit directo peti exequutio sententię secundum Ang. Imol. & Alex. num. 12. in d. §. sic quoque. Hypothecaria autem prætoris si agatur erit via ordinaria, sicut si ageretur hypothecaria cõuentionali contra tertiũ, cũ vtraq; hypotheca æquiparata à iure sit vt in l. 2. C. de prætor. pign. Et non sunt denegandæ nec tollendæ exceptiones reo, quas habet contra priorem creditorẽ, scilicet, quòd dos sit soluta, quod maximè interest ipsi reo. Quacunque igitur actione agatur, quia in ea vicem debitoris mariti sustinet vxor, vel potius hæredum mariti, obstabunt sibi dictæ sententiæ, quandoquidem hoc debitum est assignatum vxori, tanquam bona viri sui quondam. Quia sicut aduersus hæredes vel testamentarium defuncti obstant directè dictæ sententiæ, quia aduersus ipsum latæ, ita etiam & aduersus loco ipsius subrogatam quæ est d. Maria, iuxta reg. iur. vulgat. quod subrogatus sapit naturã subrogati, vt in §. fuerat. inst. de act. & in l. vnica, C. de rei vxor. act. Et in terminis prope nostris inuenio ita tenere Ang. nu. 2.
11 & Imol. 22. in d. §. sic quoq;, affirmantes, † quod tunc creditor potest petere exequutionẽ contra debitorem debitoris sui, quando debitor primus condemnatus contra suum debitorem haberet paratam exequutionem, quia non debet creditor plus iuris exigendo à debitore debitoris sui habere quam ipse primus debitor creditor debitoris sui. Sed ipse primus debitor (hoc est Didacus) ipsiusque hæres vel testamentarius non haber ius prosequendi exequutionem cęptam prius aduersus pręd. reum, quia sibi obstant pręd. sententię transactę in rem iudicatam. Creditor igitur dicti debitoris principalis (hoc est d. Maria) nullo modo potest prosequi pręd. exequutionem, nec aliam nouã petere ex vi d. adiudicationis sibi factę contra debitorem pręfatum mariti, siuè hęreditatis iacentis, quę representat defunctum, sicut nec ipse defunctus si viueret, vel ipsius hęres vel testamentarius posset obstantibus sibi dictis sententijs.

12 Nã † exceptio debitori obstans, obstat etiam ipsius creditori, vt tenet Bar. in l. rem alienam, nu. 5. ff. de pig. act.

13 Quarto † quia retentio, quę competit vxori cõstante matrimonio bonorum mariti, ipso vergente ad inopiam pro sua dote, non potest fieri de omnibus bonis ipsius, sed debet de multis bonis eligere vnum prędium fortè de melioribus vsque ad concurrẽtem æstimationem suę dotis. Aliàs enim si secus diceretur, esset in potestate mulieris, quãdo videret virum labi facultatibus illudere alios creditores dicendo se velle omnia bona pro sua dote retinere, quod esset captiosum, & ideò non tolerandum. Hęc communis doctorum sententia, vt plures referens testatur Antonius de Fano de pignor. 1. mẽbro quintę partis prin. nu. 55. fol. 88. & Ioan. Baptist. Toletan. in suo ærario commun. opin. litera D. nu. 216. fo. 47. Idem ergo dicendũ videtur viro mortuo, cum par ratio retentionis sit in vtroque casu propter dotis securitatem, æquiparatorum enim æquiparata debet esse dispositio iuxta iura vulgaria.

14 Quinto, † quia licèt vxor mortuo viro possit mariti res retinere pro dote, hoc tamen procedit antequam hæres intret possessionem bonorum, alias non posset, heredibus non consentientibus, l. dotis actionem, ff. solut. mat. Decius cons. 400. col. 2. num. 4. Gregorius Lopez in l. 9. in glos. *despues que ge la prestan.* vers. item vxor, tit. 2. partit. 5. Sed debitum hoc est penes tertium contradicentem solutioni, ratione eius, quod sua probabiliter interest, ergo non potest aduersus eum vti remedio manutentionis iudicis intentato, præcipue cum fuerit concessa præd. mitio, quæ vulgo (*Carta de am-*

de amparo vocatur) sine causæ cognitione respectu dicti rei, ipsoque minimè citato specialiter pro ut requirebatur, quia ipse erat creditor certus &
15 notus, quo casu † citatio generalis per edictum siue proclama non sufficit, scilicet, quando creditor certus est, vt per Antonium de Fano de pignor. primo membro. octauæ partis numero decimotertio.

16 Sexto † quia retentio, mortuo marito cõpetit in domo, in qua simul habitabãt, & in bonis ibi sitis, Decius d. consi. 400. nu. 5. Ant. Gomez cum Bald. quem refert in l. 53. Tauri nu. 48. colum. penult. & fin. illius num. & hoc quia mulier reperitur in possessione illorum bonorum. Ergo cum hoc debitũ non possideat, in eo non habet locum præd. retentio & tuitio.

Quid dicendum? Profectò omnibus rectè pensatis exequutionem præd. annullandam fore existimo, bonaque virtute ipsius capta restituenda esse libera ipsi reo ex fundamentis, & rationibus pro secunda parte supra adductis, quæ prestantiora, & efficaciora mihi videntur, quam primæ partis: & prætereà argumento à sufficienti partium enumeratione.

Aut enim ista domina petijt iure proprio tanquam creditrix priuilegiata pro dote, aut iure mariti ipsiusque hæredis vitute adiudicatione huius debiti sibi factæ, aut vtroque. Primo casu tãquam creditrix, cum d. debitor non sit obligatus in instrumento receptionis dotis, contra eum non habet locum exequutio, quia est tertius possessor, sicut si haberet & possideret aliam rem d. defuncti, imò nec via ordinaria contra eum agi posset nisi excussis bonis sui principalis (hoc est mariti) per regulam iuris vulgar. in authent. hoc si debitor possideat, C. de pignor. l. 14. tit. 13. partit. 5.

17 Quod † procedit etiam in actione dotis priuilegiata vt tenet glossa ordinaria, in l. vbi adhuc, C. de iur. dot. in verb. qui non potiora dicens. Item contra extraneos possessores rerum viri non agitur, nisi prius viro excusso, vt in auth. de fideiussoribus, §. sed neque collation. 1. Et licet glossa illa loquatur in terminis l. vbi adhuc, scilicet, viro vergente ad inopiam, idem erit eo mortuo, quia vtroque casu agitur de dote consequenda ab vxore, & æquiparantur in iure hi duo casus. Et illam glossæ opin. dicit esse communem Salicet. ibi nu. 13. & eam tenet Bart. cum Specul. quem refert in l. si constante nu. 72. ff. solut. mat. vbi Ias. nu. 200. testatur magis communem, & nu. 208. concludit ab ea nõ esse recedendum in iudicando. Adde Bald. Nouel. de dote. 8. parte priuilegio penul. num. 2. & Palat. Rub. in repet. c. per vestras, §. 34 ampliat. 13. num. 11. de donat. inter vir. & vxor. dicit communem & veram Ant. de Fano de pignor. 8. parte princip. 1. memb. num. 23. & Greg. Lopez. in d. l. 14. in gl. penult. dicit communem plures referens Roland. à Valle consi. 9. nu. 5. & 6. lib. 1. Quod præcipuè procedit in nostro casu cum d. reus sit debitor debitoris, contra quem nulla via procedi potest, nisi facta prius excussione in bonis principalis debitoris per iura expressa allegata in secundo fundamento secundę partis in secundo casu principali, si dicta domina Maria ageret virtute adiudicationis dicti debiti, sibi à iudice factæ negari non potest, nisi quòd hoc faciat iure mariti, hoc est, ex iure competente mariti hæredibus siue testamentario defuncti, qui licet possent via exequutiua agere aduersus debitorem virtute instrumenti subhastationis ab eodem debitore in iudicio recognito, obstarent tamen eis tunc duæ sententiæ latæ contra eos ratione compensationis oppositæ à pręd. reo nec admittenda esset replicatio hoc casu, quòd latæ essent prædict. sententiæ aduersus alium non vero contra d. Mariam ac proinde sibi non nocere, vt in l. sæpe cum materia, ff. de re iudi. & in l. de vnoquoque, ff. eodem titulo.

18 Quoniam † prolatæ fuerint contra eum, cui ius principaliter competebat in negotio, & à quo dependet ius d. dominæ Marię, quo ipsa vtitur, & nititur hoc secundo casu, & ideo sibi plene pręiudicat, vt optime lateque probat Couarru. in pract. quęst. capit. 13. numc. 5. dicens, tunc sententiam inter alios latam alijs etiam nocere propria vi, & natura eiusdem, absque aliqua scientia accidenti, vbi tractatur cũ legitimo contradictore à quo aliorum ius in eadem re deriuatur, & oritur, & qui primas obtinet in ea controuersia partes: quia tunc sententia lata facit ius quo ad omnes, etiam si nec litigauerint, nec vocati fuerint ad iudicium, nec scientiam litis cõtrouersæ habuerint per text. in l. fin. §. fin. & in l. sequenti, ff. de lib. agnoscend. & ibi notant Doctores, Doctores etiam in cap. penultimo de re iudic. & l. 19. tit. 22. part. 3. Non enim debet habere plus iuris hoc casu principalis creditor quam haberet creditor debitoris aduersus eum, vt in terminis supradictum fuit ex Angelo & Imol. in d. l. à Diuo Pio, §. sic quoque.

In tertio casu principali si domina Maria agit vtroque iure, scilicet, proprio & mariti, & tunc minime competit via executiua aduersus præd. reum eisdem rationibus supra dictis in primo & secundo casu simul iunctis, maximè quòd hic non egit via exequutiua virtute instrumenti dotalis in bonis mariti, sed virtute adiudicationis tanquam vxor pro sua dote, & tunc obstant sententiæ, quia petit iure mariti.

Restat, vt respondeamus fundamentis prioris partis. Et ad primum Respon. verum quidem esse aduersus principalem debitorem, scilicet, d. Didacum defunctum, ipsiusque bona, & hæredes viam esse exequutiuam, sed ea non esse actum; aduersus verò ipsum reum, iure prioritatis siue prælationis via est ordinaria, quia tertius est debitor, & quamuis debitum dotis sit, prius opponitur tamen esse solutum, idque se offert probare reus, si audiatur ordinarie prout debet. Quod autem contra eum non sit via exequutiua, probatur satis fundamentis secundæ partis supra adductis.

Non etiam obstat secundum fundamentum primæ partis, quia ipsum diluitur ex dictis in tertio fundamento secundæ partis, scilicet, quòd tunc demum primus creditor potest exequutionem pe-

tere aduersus debitorem debitoris sui, quando ille primus debitor, creditorque debitoris vltimi eam habet aduersus ipsum: quia non debet plus iuris habere primus creditor contra debitorem debitoris quam primus debitor creditor ipsius secundũ Angel. & Imol. in d §. sic quoque. Vnde cum in proposito primus debitor (hoc est, defunctus, ipsiusque testamentarius eius nomine non habeat nunc viam exequutiuam aduersus hunc reum ratione prædict. sententiarum, quibus supersederi iussum fuit in exequutione: consequens est, vt nec ipsa Maria, eam habeat virtute d. adiudicationis, quando quidem in iure sui debitoris succedit, & agit pro tuitione suæ dotis, cum sit eadem via exequutiua, quæ competebat d. testamentario, & quæ competere poterat d. dominæ Mariæ.

Non obstat etiam tertium fundamentum, quia tangit proprietatem, & viam ordinariam, non verò exequutiuam, præcipue attenta conditione conductionis Gabellarum, qua cauetur, vt non possit opponi præscriptio longi, vel longissimi temporis: per quam conditionem non infringitur lex superioris in vniuersum, sed contrahentes volentes potiri gratia sibi oblata circa solutionem Gabellæ renũtiant d. l. dispositioni & sic suo fauori, cum principaliter pro se fuerit stabilita. Hoc autem posse facere contrahentes nemini est dubium, vt in l. penultima, C. de pact. & in l. si iudex circumuento, ff. de minor. Præterea quòd possit renuntiari præscriptioni longi vel longissimi temporis de iure saltem Canonico non est dubium, vt resolui late in repet. l. nemo potest numero 476. & sequenti & 495. ff. de legat. 1. Quòd autem d. Didacus voluerit vti d. gratia cum præd. renuntiatione, videtur constare ex processu, quamuis non satis concludenter, spectat tamen id ad viam ordinariam, quandoquidem exequutiua, qua vtitur d. Maria est suspensa duabus sententijs transactis in rem iudicatam, quæ ipsi obstant vt supra dictum est.

19 Non† obstat. d. l. quicunque quia ipsa & omnes Doctores in materia ipsius loquentes agunt de solutionibus tributorum, vel censuum vniformibus eidem, & ab eodem factis: nos non sumus in his: quia gabella non semper debetur, sed cum herba locatur. Nam si dominus proprius suo pecore pascatur, nõ debet gabellam, iuxta immemorabilem consuetudinem huius ciuitatis. Item gabella debetur iuxta valorem herbæ vniuscuiusque anni, qui valor non est idem omnibus annis. Vno etenim anno potest deberi plus gabellæ, altero minus, vel è contra: & sic solutiones factæ non sunt vniformes in quantitate. Præterea duæ solutiones gabellæ factæ fuerunt à colonis prædiorum, & non ab ipso domino defuncto: vnde quia erant forenses, & facilius ab eis poterat gabellarius, detinendo pecus in defensa, exigere gabellam, quam à domino propter ipsius potentiam, contingere potuit ab eisdem recuperasse gabellas præd. duorum annorum absque eo quòd à domino gabellas præcedentiom annorum recepisset.

Sicque ex omnibus supra dictis remanet clarissimè probatum, exequutionem in persona & bonis d. rei factam esse nullam, viaque ordinaria esse agendum.

Sed ob euitandam aliam litem, & vt parcatur sumptibus defensione tamen minimè reo sublata, ante annullationem exequutionis, ipsa tamẽ semper in mente habita, decreui eum iudice ordinario iubere, iudicialiterque ambo iussimus ambas partes admittere siue recipere ad probationem eius, quod vellent intra nouem dies peremptorios: præcipuè, d. Dominam Mariam, quomodo essent solutæ, d. gabellæ, & d. reum an esset soluta, & satis facta domina Maria de dote sua, & quòd producerent in eodem termino instrumenta quæ vellent: quo lapso ex tunc citauimus eas dein ad sententiã diffinitiuam ferendam in causa. Transactis dictis nouem diebus, quia nihil probatum fuit ab vlla partium, immo, d. reus contradixit interlocutoriæ supradictæ probationis, eamque nullam dixit: protulimus sententiam diffinitiuam sequuti morem & stylum regalis cancellariæ qua annullauimus præd. exequutionem: iussimusque bona capta restitui reo liberè absque expensis. Et administrando iustitiam condemnauimus dict. reum, vt intra nouem dies solueret dict. summam, super qualis erat dict. dominæ Mariæ, vt eam teneret iure pignoris, & hypothecæ pro sua dote, quia prius, & potius ius habebat quam dict. reus, cui ius suum reseruauimus, vt præd. gabellas posset petere aduersum quem, eisque via & modo, quibus sibi magis videret expedire, dum tamen solueret prædictam quantitatem priusquam sibi restituerentur bona pro exequutione capta. Hoc protulimus sine condemnatione expensarum, 20. die Decembris anni 1575. De quo multum conquestus fuit aduocatus dict. rei affirmans, & sponsionem faciens, hanc sententiam retractandam esse in regali cancellaria Pinciana, vbi causa fuit perducta per appellationem, quæ ab eadem sententia fuit interposita per dict. reum: tandem ibi duabus sententijs conformibus confirmata fuit nostra sententia, sicut in ea continebatur, & obtenta fuit charta executoria (ità vulgo dicta) cum insertione earundem trium sententiarum conformium intra annũ.

SVMMARIA.

1 *Donatio an hodie possit reuocari ante acceptationem?*

2 *Acceptatio confessionis extraiudicialis hodie an requiratur?*

3 *Acceptatio remissionis iniuriæ quòd hodie non requiratur.*

4 *Traditione instrumenti donationis transfertur possessio & donatio irreuocabilis fit.*

5 *Coniuncta persona, quæ sit legitimus administrator, vt tutor, pater, vel auus admittitur etiam in ijs, quæ de iure requirunt speciale mandatum.*

6 *Coniuncta persona recipiens donationem pro coniuncta non acquirit ei dominium sine rati habitione, interim tamen reuocari non potest.*

7 *Donatio facta infanti etiam absenti non eget ipsius*

con-

consensu, nec acceptatione, sed statim ei acquiritur irreuocabiliter & num.8.

8 *Legitimatio infantis facta Principis authoritate non eget ipsius consensu nec postea ratificatione.*

CONSILIVM XX.



N præsenti lite vertente inter Ioan. & Ildephonsum minores, nepotes cuiusdam Francisci eiusdemque curatoris eorum ex vna, & Petrum, & Catharinam eius cõiugem ex altera partibus, iustitia dictorum minorum super validitate donationis ipsis factæ ab auia ipsorum, & possessione bonorũ capta virtute donationis, ea sequentibus iuris medijs atque rationibus fundatur.

1 Primo, † quia licet videatur, quòd donatio sit nulla, quia fuit facta absentibus, & ab eisdem minimè acceptata, quinimò a donatrice posteà fuit reuocata, & sic reuocatio tenuit, quia donatio nõ erat acceptata, & ideo potuerit iure optimo reuocari, vt ipsemet post alios deduxi in repet. capit. quamuis pactum in principio, num.53. de pactis, in 6. vbi etiam retuli aliquas limitationes: quam etiam opinio. post me sequuntur Ioan. Baptist. in sua antinomia iuris nume.16. & eam optime probat egregius atque insignis vir D. Molina de Hispan. primog. lib.4. cap.2. nu.58. & sequentibus, vbi eam tenet ea communi opinione etiam in pia causa. & Olanus in sua concordia antinomiarum litera D. num.43. & sequentibus & D. Burgos de Paz alios allegans consilio 14. num.26. & consil. 33. numero 12. quem & alios referens eandem opinio. late pluribus fundamentis & considerationibus comprobat Burgos de Paz iunior præd. D. Burgos, filius lib.1. quæstio. ciuil. quæst.10. num. 23. & sequent. & Aduocat. Granatensf. Pelaez in tractatu maior. 1. par. quæst.36. num.2. fol.142. & iterum quæst.68. numero 1. fol.261. & vtrobique affirmat hanc opinionem in iudicijs practicari, contrarium tamen attenta l. incipiente, *Paresciendo que vno se quiso obligar,* Ex titulo 8. libro 3. ordinament. veteris, quæ hodie est, l.2. tit.16. lib.5. nouæ compil. reg. imò, quòd donatio acquiratur statim absenti, & non possit reuocari ante acceptationem tenet Anton. Gomez 2. tom. c.4. de donat. num.3. ad finem, & idem voluit eodem tom.2. ca. 11. num.18. ad fi. & Didac. Perez in d.l.3. colum-

2 na 1055. & 1058. Pro † qua opinione facit quod tradit Petrus Dueñas in reg.319. limitatio. 1. ad fi. vbi inqnit hodie videri per d. l. regiam non requiri acceptationem confessionis extraiudicialis. Faciunt etiam, quæ late tradit Roderic. Suarez in repet. l. quoniam in prioribus, 8. quæstio. princip. num.1. & sequentibus, fol.216. C. de inofficioso testamento.

3 Et in † remissione iniuriæ facta parte absente, quòd hodie attenta dicta l. regia non requiratur acceptatio, tenet Iacobus de Villalpand. in l. 22. tit.1. par.7. §.60. numero 12. fol. 170. Et quamuis prima opinio verior & communior videatur in nostro casu minimè potest habere locum, quandoquidem donatarij erant, suntque minores, carentes ætate, iudicio, atque discretione ad acceptandum prædictam donationem sibi factam, nec tunc habebant tutorem, sicque nemo tunc temporis erat, qui pro eis acceptare posset, nec ipsi poterant: quamobrem fauore ipsorum dicendum est reuocari non posse præd. donationem, & hoc casu saluari posse opinionem illorum, qui tenent hodie reuocari minimè posse donationẽ factam absenti etiam ante acceptationem.

4 Præmaximè † & secundo, quia dato fine veri præiudicio, quòd acceptatio in proposito esset necessaria, sufficeret fuisse traditum instrumentum signatum d. donationis auo supra dicto eorũdem minorum, prius quam reuocaretur dicta donatio, vt constat ex alio instrumento eiusdem tabellionis, coram quo fuit celebrata donatio, in processu producto, quo fidem facit tradidisse d. auo nomine suorum nepotum instrumentum signatum d. donationis antequam ea reuocaretur, & quòd ipse auus id accepit præd. nomine. Donatrix præterea rogauerat tabellionem in ipso instrumento donationis, vt illis traderet id in signum possessionis, & constituit se possidere nomine ipsorum: traditione autem instrumenti donationis transfertur possessio, & donatio irreuocabilis fit, vt in l.1. C. de donat. cum materia, l.8. titulo 30. partita 5. Anton. Gomez in l.45. Taur. numero 56. & sequẽtibus vsque ad numerũ 60. exclusiue. l. 17. & 44. Tauri, & ibi scribentes: vbi autem est coniuncta

5 persona nepotum: & † coniuncta quæ sit legitimus administrator, vt tutor, vel pater, vel auus admittitur, etiam in ijs quæ de iure requirunt speciale mandatum, vt tradit alios allegans Bertachin. in suo repertor. in verbo, coniuncta persona versic. 10.

6 Et † quamuis idem ibidem vers.51. dicat, quòd coniuncta persona recipiens donationem pro coniuncta non acquirit ei dominium sine ratihabitione, non ideò permittit posse anteà reuocari, imò non potest, vt colligitur expresse ea Innocentio in cap. accedens, de præben. quem ipse Bertachi. ibi allegat, & ex Syluest. in sua summa, verbo beneficium in secundo num.3. loquentibus in beneficio absenti prouiso, vt nõ possit absque ipsius voluntate alteri conferri.

7 Tertiò, † quia cessantibus supra dictis, quæ verè non cessant, vnus ex his minoribus donatarijs nõdum habet septem finæ ætatis annos, vt probatum existit in processu, testibus, & libro Baptismi: donatio autem facta infanti etiam absenti non eget ipsius consensu, nec acceptatione, sed statim ei acquiritur irreuocabiliter per text. in l. iubemus, C. de emancip. liber. in vers. nisi infantes, ita ponderando eum. Quia dictus versiculus venit limitatiue ad præcedentia, in quibus agitur de liberalitate collata in absentes maiores d. ætate, & concluditur valere, si tamen ipsi vel tunc vel postcà consentiãt, vt constat ea tea. ibi, vel absentes. & ibi, & personæ, in quas talis liberatio collata sit, & ibi, si

tamen, &c. quę omnia limitat d. versiculus finalis, nisi infantes sint, qui & sine consensu præd. beneficium & liberalitatem acquirunt: ergo sine acceptatione, quæ in maioribus requirebatur per textum illum in præcedentibus.

8 Pro † quo facit, quia legitimatio infantis facta Principis authoritate, non eget ipsius consensu, nec posteà ratificatione ipsius infantis. Ita sentit Bart. in d. l. inuiti in fine, ff. de his, qui sunt sui vel alien. iur. cuius opin. dicit communem Emanuel Costa, in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de lib. & posth. num. 113. tradit late plures referens D. Anton. de Padilla. in l. eam quam, num. 30. & sequentibus, C. de fideicommis. Et in terminis per d. l. iubemus, quòd donatio facta infanti etiam absenti non egeat ipsius consensu nec acceptatione, sed quòd statim ei acquiratur irreuocabiliter, tenet Doct. Molina de Hispan. primogen. lib. 4. cap. 2. nu. 75. fol. 136. vbi refert Decium idem tenentem cons. 245. num. 3.

Hæc causa fuit decisa hic Placentiæ per iudicem ordinarium in fauorem prædict. minorum, & in regali Cancellaria Pinciana in prima visionis sententia fuit reuocata in totum sententia iudicis Placentini. In secundo vero & vltimo gradu reuisionis fuit confirmata prior sententia Placentina in totum, & reuocata prima Pinciana propter traditionem instrumenti donationis factam auo, vt fuit mihi posteà nuntiatum, hac ratione motos fuisse dominos illos, quamuis instrumentum quo fidem fecit tabellio dictæ traditionis, carebat testibus, prout fuit oppositum a parte aduersa, nihilominus domini iudices stando veritati protulerunt d. vltimam sententiam in fauorem minorū.

SVMMARIA.

1 *In casibus, in quibus lex deficit non est nec vtilis actio danda,*
2 *Vbi deficiunt verba legis, deficit & ipsius l. dispositio.*
3 *Id procedit etiam si vnum verbum minimū deficiat.*
4 *Verba legis inspicienda sunt, nec vltra ipsius dispositionem trahenda est lex.*
5 *Interpretari non possumus constitutionem in id disponere, quod non loquitur.*
6 *Quando lex vnum disponit, & alterum præsupponit ad hoc vt habeat locum dispositum, debet verificari præsuppositum.*
7 *In re propria quilibet est moderator & arbiter.*
8 *L. 22. tit. 7. lib. 7. nouæ recopil. regiæ est dispositio noua, & exorbitans.*
9 *L. 1. cap. 4. tit. 14. lib. 3. eiusdem recopil. regiæ quo casu loquatur, item & l. 6. tit. 2. lib. 7.*
10 *Consuetudo si est antiqua terminos vel pastus publicos colendi vel alio modo eis fruendi seruanda est.*
11 *Virginitas, vel castitas corrupta restitui non potest.*
12 *Terra illa dicitur inculta, & non rupta, quam memoria hominum non extat fuisse ruptam.*
13 *Locus desertus dicitur ille, qui non habitatus penitus, nec cultus vnquam fuit.*
14 *Ager, vel fundus in parte redactus ad culturam non potest dici de nouo rumpi, & coli in altera parte ipsius fundi.*
15 *L. Sylua cædua 30. in ordine, vers. noualis, ff. de verbo. signif. intellectus.*
16 *Res prohibita alienari, si semel alienetur, & exeat à familia, perpetuo remanet alienabilis.*
17 *Res patrimonij, quæ semel ab eo exijt non potest extrahi a consanguineis in posterum.*
18 *Ius semel radicatum, amplius perdi non potest, per superuenientiam alicuius nouitatis.*
19 *Id, quod nobis a lege conceditur pro conseruatione iuris quæsiti, non est ius sed facultas.*
20 *Ea, quæ consistunt in facultate alicuius non sunt præscriptibilia, nec per non vsum amittuntur.*
21 *Facultas actum faciēdi, nec per mille annos amittitur.*
22 *In actibus negatiuis necessaria est prohibitio ad præscribendum, quia in eis non incipit præscriptio, nisi a tempore prohibitionis, & patientiæ.*

CONSILIVM XXI.



Llustris Domine, dignetur dominatio vestra in lite vertente inter dominam Agnetem, & consortes reos & concilium, quod vulgo, *de la Mesta*, appellatur, actorem, in decisione præd. litis sequentia aduertere in fauorem D. Agnetis, & consortium.

Lis hæc versatur super ruptura defensæ de Pajares dictæ D. Agnetis, & consortium. Nam ob id quidam iudex Regius appellatus, *Alcalde entregador de la Mesta*, processit aduersus rusticos rumpentes, & serentes in ea, eosque condemnauit certis quibusdam pœnis pecuniarijs, quas per exequutionem exegit ab eis: iussitque præterea ne in posterum iterum præd. defensam rumperent, nec excolerent sub alijs grauioribus pœnis. A quibus sententijs & exequutionibus extitit legitimè appellatum pro parte d. D. Agnetis & consortium, atque rusticorum ad Regiam hanc cancellariam. Quę causa est conclusa, atque visa in primo gradu. Supplicaturque à prædictis appellantibus, vt præd. sententiæ reuocentur, insuperque vt declaretur posse rumpi, & excoli posthac præd. defensam liberè & impunè, cum non sit de prohibitis rumpi per leges huius regni, rursusque vt omnia bona & pecuniæ captę pro exequutione dictarum sententiarum restituantur.

Hocque ex sequentibus fundatur. Primò: quia prohibitio l. 22. tit. 7. lib. 7. nouæ copil. regiæ, quæ mouit dict. iudicem non comprehendit hanc defensam, de qua agitur, eo quòd, vt in processu optimè probatum existit fuit rupta & exculta multis retro annis ante tempus dict. prohibitionis Regiæ, itaque d. l. de hac defensa siue fundo non loquitur, sed in nouiter ruptis post annum siue tempus suæ prohibitionis.

1 Et † in casibus, in quibus lex deficit, non est nec vtilis actio dāda, vt in l. si verò §. de viro & ibi Doctores, ff. solut. mat.

2 Et † vbi deficiunt verba legis deficit eius dispositio, l. 4. §. toties, ff. de dam. infect. l. 3. §. loquit. ff.

dę

de aqua quotid. & æstiu. Et hæc est regula communis per d. §.toties, & alia iura idem probantia, vt deducit Dec.cons.591.num.2.

3 Idque † procedit etiam si vnum verbum minimum deficiat secundum Bal. Fulgos. & alios in l. si mancipia, C.de seruis fugit.

4 Nam † verba legis inspicienda sunt, nec vltra ipsius dispositionem trahenda est lex secundum Bald. cons.228. incip.ad euidentiam præmittendum est, vol.3.& cons.101.incip.super primo, col. 2.volum.4.

5 Nec † possumus interpretari constitutionem id disponere, quod non loquitur secundum Bal.consilio 447. incip. ad euidentiam præmittendum est quis dicatur colum.3.vers. sed sciendum, num.7. volum.5.

6 Præterea † probatur hæc pars ex glo. singulari in d.l.si mancipia, verb. auocandum, C.de seruis fugit. Ex qua colligunt Doctores, quòd quando lex vnum præsupponit, & alterum disponit, si non verificetur præsuppositum, dispositio locum non habet. Quam glossam vltra ordinarios ibi singularem & vnicam in hoc appellat Roma.sing.489. incip.statutum puniens, & eam commendat Philip. Dec.cons.201. num.2. & cons.233.num.6. & cons.466.num.8.& 511.num.4.& 540.num.2.& 591.num.4. & 644.nu.15.& 16. & Carolus Ruinus cons.83.num.5.vol.5. & illam glo. recipiunt omnes, vt testatur Menoch. de recuper. poss. in 9. remed.num.161. Sed d.l.22.præsupponit, *Que las debesas no se ayan rompido antes del tiempo de su prohibicion; y dispone que estas no se puedan romper de alli adelante*. Et ita vt locum habeat ipsius dispositio debet verificari præsuppositum, quod est, ruptas fuisse post tempus dict. prohibitionis, & non prius. Hoc autem deficit in præsenti fundo de quo agimus, quia probatum est plenissimè ruptū fuisse multis retrò annis ante tempus prohibitionis: & ita non comprehenditur sub prædict.l. regia, neque in sua prohibitione, atq; dispositione. Quòd si non comprehenditur sub ea, potuit iure optimo excoli, & prohiberi nó potuit per dictum iudicem.

7 Quia † de iure communi in re propria quilibet est moderator & arbiter, & potest ad libitum disponere ex l.in re mandata, C.manda. cum vulga. tex.in l.nemo exterus, C.de iudi. Soc. cons.53.nu. 8.vol.1.& cons.110.col.2. vol.3. Roland. à Valle cons.62.num.13.lib.1.

8 Et † alia lex non erat ante d.l.22.quæ prohiberet rumpere proprios fundos, vt ex d.l.22. cóstat, quia est dispositio noua, & exorbitans. Præcipuè, in quantum præcipit, *Que se guarden los contratos, y arrendamientos que estuuieren fechos de las tales debesas hasta el dia de la data de la dicha ley para lauor, o para pasto, y lauor; siendo ante escriuano publico, y no auiendo fraude en ellos.* Vnde expresse colligitur, q; si esset alia lex prior, quæ prohiberet idem, nó preciperet hæc l. 22. seruari contractus & locationes factas ante datam d.l.22.& intra tempus suæ prohibitionis.

9 Ex † quo infertur, quòd cum dispositio d.l.22. sit noua, & l.1.cap.4.tit.14. *De los Alcaldes entregadores*, lib.3.nouæ compilat.reg. non loquitur in fundis, siue defensis priuatis, *sino en cañadas, y veredas, exidos, abreuaderos, majadas, o debesas, o pasto comun, y para el pasto comun señaladas, y situadas*, vt expresse ipsa lex insinuat ibi, *reduzgays a pasto comun como de antes estaua*: & quia si hoc modo d.l. non intelligeretur, esset superflua dispositio; d.l. 22.vel saltem, vt posterior corrigeret priorem, precipuè, quia si aliud diceremus esset in totum tollere culturam defensarum priuatarum rumpi solitarum ante prohibitioné, d.l.22. quod esset absurdum, & contra omne ius, & aduersus consuetudinem notoriam horum regnorum, quia quousq; venit dispositio d. l. 22. quilibet poterat colere & colendos dare proprios fundos ad libitum, & post d.l.coluntur fundi antea rupti.

10 Et † idem respondetur ad l.6.tit.7. lib.7. nouæ compilationis regiæ, scilicet, quòd non loquitur in fundis dominorum priuatorum, sed in rupturis pastuum & terminorum publicorum, in quib. adhuc seruanda foret cósuetudo antiqua, si ea esset colendi illos vel alio modo eis fruendi, vt in terminis tradit & probat Petrus Auendan. in prima parte, cap.4.prætor.num.9. vers. alia pars terræ, vbi refert ex Cassaneo talem consuetudinem esse seruandam, & quòd aliter iniuste fieret. Non obstat obiectio concilij de la Mesta, scilicet, quòd ob cessationem culturæ in d. defensa per tempus decem annorum reuersa est ad suam naturam, ac si non fuisset rupta, præcipuè, quia in ea pastæ sunt pecudes de Mesta, & sic vult inducere præscriptionem culturæ; nam huic pluribus modis respondetur.

Primo, quia d. l. 22. eo tantum casu loquitur, quo defensæ non fuerunt ruptæ ante tempus suæ prohibitionis, sed posteà, & quæ semel fuit rupta ante præd.tempus remanet perpetuo rupta, & nó potest dici de nouo rumpi, etiam si postea rumpatur, nec redire ad suam naturam integritatis, quandoquidem constet de ipsius ruptione & non potest desinere esse rupta, argumento gl. in l. vnica, C.de rapt.virgin. verbo, restitui, per text.ibi,
11 maximè cum † virginitas, vel castitas corrupta restitui non possit.

12 Et † præterea de iutesilla terra dicitur esse inculta, & non rupta, quam memoria hominum nó extat ruptam fuisse, vt est text.expressus in ca.1.& in cap.quid per nouale, & ibi glo. de verb. signif.
13 & in cap.fin.de priuileg. & † locus desertus dicitur ille, qui non habitatus penitus nec cultus vnquam fuerit, vt in c.1.§.1.de verb.signif. lib.6.vbi glos.penitus, inquit, quia non est memoria quòd habitatus, vel cultus fuerit. Quo fit, vt cum in nostro casu sit pluribus testibus deponentibus de affirmatiua probatum præd. defensam semel atque iterum fuisse ruptam ante tempus prohibitionis d. l. 22. semper iudicari debet pro rupta, & culta, etiam si aliquibus annis requiesceret à cultura.

14 Quod † adeo verum est, vt ager, vel fundus in

parte redactis ad culturam, non potest dici rumpi, nec de nouo coli in altera parte inculta ipsius fundi secundum Abbatem in terminis consil. 71. huius volum. 2.

15 Et in l. Sylua cædua 30. in ordine in versic. nouals, ff. de verb. signific. non loquitur in hoc casu, nec ita in terra rupta, & culta, sed in ea, quæ est præparata ad rumpendum, & colendum; vt contingit, *quando se roça, y desmonta o se quema el pasto para el dicho effecto*: vt significant verba illa legis, terra præcisa, id est antequam aretur, vt proinde melius fructificet, vt ibi inquit glos. verb. exsa, & probatur ex eodem text. in versic. sequenti, ibi, integra autem est, in quam non dum dominus pascendi gratia pecus immisit. Et hoc significat verbum, præcido, vnde deducitur verbum præcisa d. text. scilicet, *(borrar aues)*, vt per Anton. Nebrisens. in suo dictionario latino verb. præcido.

16 Probatur † etiam hæc responsio argumento à fortiori per text. in l. pater filium, §. quindecim, ff. de legat. 3. vbi res prohibita alienari, si semel alienetur, & exeat a familia perpetuo remanet aliena-

17 bilis; & eodem † modo res patrimonij, quæ semel ab eo exijt non potest extrahi à consanguineis in posterum iuxta tradita per Tiraquel. de retract. linagier, §. 1. gl. 9. nu. 59. & Anton. Gomez in l. 40. Tauri, num. 4. in fine, & in l. 70. nu. 24.

18 Quoniam † semel ius radicatum amplius perdi non potest per superuenientiam alicuius nouitatis ex Doctrina Bal. in cap. 1. de eo, qui pro se, & hæredib. suis in vsib. feud. relata per Suarez allegatione 17.

Secundo respondetur supradictæ obiectioni, quod exculturam vna, & pluribus factis d. defensæ ante tempus prohibitionis, d. l. 23. remansit permissum, vt in posterum posset coli quotiescumque domini d. fundi vellent: itaque remansit in libera & mera facultate dominorum id facere posse; quoniam

19 † id, quod nobis à lege conceditur pro conseruatione iuris quæsiti non est ius, sed facultas, vt in d. l. in re mandata, C. mandat. & in l. si constante, §. si maritus, ff. solut. matr. & est doctrina Bart. in l. cum ff. de condit. et l. quam sequitur Ripa in l. quoniam

20 nus, num. 98. ff. de flum. & ea, quæ † consistunt in facultate alicuius nõ sunt præscriptibilia, nec per non vsum amittuntur, vt in l. viam publicam, ff. de vijs pub. l. Proculus, ff. de damn. infect. l. si in meo fundo, ff. de aqu. pluu. arcend. tradit late D. Couarru. in regu. possessor 2. par. §. 4. num. 6.

21 Neque † per mille annos amittitur facultas actum faciendi, vt tradit Roch. de Curt. de consuetu. sectione 4. num. 76. & 77. fol. 65. in paruis, Aymon Crauet. de antiquit. tempor. quarta parte, princip. in cap. incipienti, materia ista, num. 98. & 99. fol. 217. in paruis, vbi plura refert, quæ in propositum conducunt. Maximè, quia si domini huius fundi aliquibus annis desierunt colere d. defensam, fuit quia terra erat lassa, & vt requiesceret, & in posterum melius fructificaret, vt fieri solet, & decet, nec præd. concilium de la Mesta aliquam possessionẽ habet nec habere potest vt amplius non colatur d. defensa per supradicta.

22 Tertio † quia dato, sed non concesso, quòd postquam d. defensa coli desiuit; in ea pasceretur pecus de la Mesta, hoc nõ sufficiebat ad acquirendã possessionem ad præscribendam culturam, nec vt præd. fundus ad solum pastum reduceretur, quia hic est actus negatiuus, & in actibus negatiuis est necessaria prohibitio ad præscribendum, quia in eis non incipit præscriptio, nisi a tempore prohibitionis & patientiæ partis aduersæ, hoc est, à tempore quo præd. prohibitioni acquiescat pars, contra quam induci vult præscriptio, vt in l. qui luminibus, & ibi glo. ff. de seruit. vrb. prædi. & gloss. in l. prima, C. de seruit. & aqua, vbi Doctores præcipue D. Anton. de Padilla, nume. 14. & communem testatur D. Couarr. in d. §. 4. num. 6. versic. huic sane obiectioni; Et in nostro casu, nunquam intercessit prohibitio aliqua ne coleretur d. defensa pro parte concilij *de la Mesta*, cum vellent domini ipsius eã colere, nec ipsi consenserunt alicui prohibitioni, quandoquidem nulla facta fuerat, & nunc, quòd prohibeatur reclamant & contradicunt, & super hoc versatur præsens lis.

Vltimo considerari oportet, quòd dictus iudex, minimè potuit aliqua pœna plectere prædictos rusticos, qui coluerũt præd. defensam, etiam si præd. cessarent, prout nõ cessant, quoniam iuxta instructionem datam præd. iudici a Summo Consilio regali, quæ est in processu, nõ potest condemnare in aliquo, rumpentes defensas prohibitas, ante datam d. institutionis, sed tantum eos qui postea ruperunt defensam prohibitam rumpi. Et hi rustici non ruperunt defensam prohibitam rumpi, nec post datam dict. instructionis, & ita nullo modo in aliquam pœnam incurrerunt. Et hoc est nostrum iudicium salua dominationis vestræ illustris correctione. D. Ioan. Gutierrez. subscripsit se huic consilio D. de Azeuedo. Hæc iuris allegatio fuit tradita dominis Regijs iudicibus regiæ cancellariæ Vallisoletanæ, qui quidem protulerunt sententiam diffinitiuam in causa in omnibus, & per omnia iuxta hanc allegationem. Deo gratias. Posteà fuit supplicatum à præd. sententia pro parte concilij *de la Mesta*, & in gradu reuisionis fuit in totum confirmata, & data exequutoria super dictis duabus sententijs conformibus reuocatorijs primæ.

SVMMARIA.

1 *Damnum, vel periculum rei dotalis inæstimatæ ad mulierem pertinet, non verò ad maritum: nisi culpa mariti etiam leuissima damnũ proueniat, vt in nu. 2.*

2 *Hoc procedit etiam si res æstimata in dotem detur, ea tamen æstimatione, quæ emptionem non faciat.*

3 *Aestimatio rei dotalis faciat emptionem.*

4 *Damnum vel incõmodum dotis æstimatæ ea æstimatione quæ fecit emptionem, pertinet ad maritum, non verò ad vxorem.*

5 *Aestimatio rerum dotalium, tunc demũ facit emptionem quando æstimatio fuit facta statim tempore traditionis,*

ditionis, aut tempore quo dos constituitur, vel paulo post, secus si postea.

6 *Contractus alienationis à lege prohibitus iuramento non confirmatur, sed contrarium, & numero. 18.*

7 *Iuramentum non firmat contractum inualidum nec validum reuocabiliter firmat irreuocabiliter, sed ipsum iuramentum tantum est seruandum secundum opinionem Portij & aliorum, sed contra nu. 18. & 19. cum communi & nu. 8. & 9. effectus, qui ex opinione supra d. Portij sequuntur.*

10 *Metus reuerentialis simul cum enormi læsione sufficit ad rescissionem contractus.*

11 *Mulieri deceptæ in æstimatione dotis succurritur.*

12 *Mulier vendens simul cum marito rem, vel fundum dotalem inæstimatum doti traditum, & iurans alienationem in forma sufficienti siue ipsius heredes, non possunt postea soluto matrimonio petere aliquid amplius, quam pretium conuentum in illa alienatione iurata, etiam si res alienata tempore soluti matrimonij plus valeat & numeris sequentibus. Quod si tempore alienationis minus valebat adhuc soluendum est pretium conuentum, vt in nu. 16.*

13 *Pretium in dote succedit loco rei.*

14 *Res empta ex pecunia dotali cum consensu vxoris efficitur dotalis.*

15 *Vendentibus marito & vxore simul cum iuramento rem dotalem inæstimatam, etiam si ambo confiteantur recepisse pretium, nihilominus mulier postea soluto matrimonio poterit petere à marito, vel eius heredibus totum pretium, quia ad eum præsumitur peruenisse, vt experientia docet.*

17 *Ratione dubij euentus reputari iustum pretium debet, quod tempore alienationis reputatur iustum, etiam si postea aliud succedat.*

19 *Iuramentum habet vim duplicis consensus.*

20 *v'quamuis pactum, ibi iuramento firmatum de pact. in 6. intellectus.*

21 *Actus agentium non operantur vltra intentionem eorum primitiuam, vel secundariam.*

22 *Iuramentum super facto in alienatione rei propriæ extenditur ad omne ius dependens ab illo facto super quo iuratur, & c.*

23 *Donatio inter virum, & vxorem ex qua maritus non est factus locupletior non censetur prohibita à iure.*

24 *Donatio inter virum, & vxorem iuramento confirmatur secundum veriorem, & receptissimam sententiam.*

25 *Donatio inter virum, & vxorem ad hoc vt morte donatoris confirmetur requiritur traditio. & nu. 26.*

27 *L. iure succursum. ff. de iure dotium intellectus: & numeris sequentibus.*

28 *Speciale est in causa dotis, & inter coniuges, vt minor læsio, quam dimidia sufficiat.*

29 *Verba circumuentus & circumuenta, aliquando significant læsionem re ipsa absque dolo.*

30 *Valor rei ad sciendum an læsio interuenerit, nec ne tantum consideratur tempore contractus, non verò vlteriori.*

31 *Specialis renuntiatio etiam non iurata tollit remedium. l. 2. C. de rescind. vendit. idem operatur iuramentum maioris 25. annis, non tantum speciale, sed etiam generale de non veniendo aduersus contractum venditionis.*

CONSILIVM XXII.

IN nomine Domini nostri Iesu Christi amen. Casus præsentis consultationis est: Maritus quidam simul cum vxore vendidit rem immobilem in dotem datam inæstimatam, pro certo quodam, eodemque iusto pretio tpe venditionis, insuper & mulier iurauit solenniter venditionem renuntiando in re illa bonis dotalibus, & eorum hypothecæ, atque priuilegio, postea cursu temporis res illa penes emptorem creuit in valore; dubitatur an postea soluto matrimonio vxor, vel ipsius hæredes possint iure optimo à marito uel ipsius hæredibus nomine dotis vltra præd. pretium petere valorem, siue id, quod interest illius augmenti intrinseci rei dotalis venditæ, quod ipsa haberet iure si ipsa si vendita non fuisset, vel eis satis fiat per maritum, & eius hæredes soluendo tantum illud pretium, quod maritus recepit ex venditione d. rei.

1 Primo † videtur dicendum, quod vxori ipsiusque hæredibus vtrumque soluendum sit, & pretium & interesse augmenti: nam augmentum, siue diminutio, damnum, vel periculum rei dotalis inæstimatæ ad mulierem pertinet non verò ad maritum: est in l. plerunque in principio vers. quoties. ff. de iure dot. expressa l. 18. vers. *mas si apreciada* tit. 11. p. 4.

2 Quod † procedit, etiam si res æstimata in dotem detur, ea tamen æstimatione, quæ emptionem non faciat, præterquam si culpa mariti etiam leuissima damnum proueniat, vt in dictis iuribus probatur, & in l. 19. tit. 11. partit. 4. tradit Couarr. in pract. quæstionibus ca. 28. nu. 4. Ergo cum præd. res ab initio in dotē fuerit data inæstimata, merito, quod ipsius augmentum ad vxorem ipsiusque hæredes pertineat, vt in dictis iuribus præcipuè in d. l. regia 18. ibi, *en qualquier tiempo que venga*, scilicet, *el daño el pro*. Et quamuis ratione proprij consensus iurati excludatur mulier à petitione suæ rei propriæ cum augmento, poterit tamen petere valorem siue interesse ipsius incrementi intrinseci ab hæredibus viri.

3 Nec † obstabit, quòd æstimatio rei dotalis faciat emptionem, vt in l. quoties & ibi doct. C. de iur. dot. l. ex conuentione, & ibi doct. C. de pact. l. 16. tit. 11. partit. 5. latissime per Doct. Couar. vbi supra c. 28. practic. per totum.

4 At † vero commodum, & incommodum dotis æstimatæ ea æstimatione quæ fecit emptionem, pertinet ad maritum non vero ad vxorem, vt in l. cum dotem, C. de iur. dot. & in d. l. plerunque. §. sed si ante & in d. l. 18. in princip. sed in venditione præd. iurata, quam fecerunt vir & vxor, fuit æstimata d. res dotalis certo pretio, imo ipso vendita, augmentum igitur postea causatum pertinet ad maritum, & ipsius nomine ad emptorem, non vero ad vxorem neque ipsius hæredes, nec respectu eius, quod interest contra maritum.

5 Nam

5 Nam † respondeo, quòd tunc demum æstimatio rerum dotalium emptionem facit, quando fit statim tempore traditionis, aut tempore, quo dos constituitur, vel paulò post, secus autē erit, vbi semel dote tradita & constituta, ex interuallo posteà matrimonio constante fit æstimatio. Hęc enim non facit emptionem, cùm non sit verisimile contrahentes per nouationem à prioris contractus lege discessisse: & preterea nec donatio fieri possit inter virum & vxorem. Ita tenent Bald. & cęteri scribentes in dict. l. ex conuentione, sequitur plures alios referens Couarruu. vbi supra nu. 10. column. penultima, versi. vndecimo. Prętcrea æstimatio, & cōstitutio pretij, in proposito fuit facta respectu tertij, hoc est, emptoris, nō verò eo animo, vt cùm marito emptionem inducerent; actusque agentium non debent vltra eorum intentionem operari, vt in l. non omnis. ff. si cert. pet.

6 Secundò † & principaliter hęc pars probatur: quia quotiescunque contractus alienationis à lege est prohibitus, tunc iuramento non confirmatur, argumento l. non dubium, C. de legib. & in terminis auth. sacramenta puberum, C. si aduersus vendit. retuli authores hoc tenentes ibidem numero 23. & inter eos Porcium dicentē, quòd hanc opin. Vltramontani communiter imitati sunt. Et loquitur Angel. consilio 260 colu. 2. quòd quando contractus est ipso iure nullus, non potest firmari iuramento: quia dicitur impossibilis confirmatio, nisi præsupponatur aliquod subiectum confirmabile, vt probatur in c. auditis. de elect. & in ca. prudentiam, vbi ita dicit Innocent. de officio delegab. sequuntur plurimi relati per Roland. à Valle cōs. 7. numero 39. & sequentibus libro 3. & consil. 60. nume. 76. lib. 4. & vtrobique refert Socin. iun. dicentem, quòd licèt in practica ista opinio non sit multum tuta, quia multi tenent oppositum, tamen restringendo eam, quando contractus esset omnino inualidus de iure communi, videtur, quod de iure procedat, eamque appellat magis communē. Ergo cum l. Iulia prohibeat alienationem fundi dotalis, vt per totum ff. de fund. dotal. merito, quod iuramentum mulieris non confirmet ipsius alienationem. Si ergo non confirmat non excludetur mulier saltem impetrata absolutione à iuramento à petitione rerum suarum cum dotali augmento.

7 Quod † etiā procedit si teneamus opinio. Porcij in §. extraneis institut. de hæred. qualit. & differentia nu. 11. Quę habet, quòd iuramētum non firmet contractum inualidum, nec etiam contractum validum reuocabiliter, firmet irreuocabiliter, sed ipsum iuramentum tantum sit seruandum, & contractus remaneat in sua validitate, vel validitate reuocabili. Quam opinionē, ipse elegantib. comprobat fundamentis, & præcipuè ex tex. in capitulo cum contingat, de iureiuran. qui in nostris terminis loquitur, dum inquit, iuramentum seruari, non verò eo cōfirmari contractum, & ex tex. in c. significante de pigno. & in c. debitores de iureiur. & probaui latius in repetitione d. authentica sacramenta puberum num. 24. & 25. vbi retuli Cuman. huius opinio. authorem & eam sequutos fuisse Fabrum, Iason. & alios relatos per D. Com in cap. quamuis pactum de pact. in 6. secunda parte, §. 1. num. 7. Et nunc vltra eos allego Andream Alciat. dicentem, quod hæc videtur receptior opinio, & eam sequitur loquens in alienatione fundi dotalis, quòd non firmetur iuramento, licet iuramentum sit seruandum in l. pacta quæ contra, numero octauo, C. de pact. quem refert & sequitur Ioan. Orosci. in l. iuris gentium, §. si paciscar, nume. 4. & 5. ff de pact. quamuis referat contrariā opi. esse communē; eandem Cumani & sequacium late defendit idem Alciat. in d. cap. cum contingat nu. 37. & sequentibus. Qua opinione retenta iam plures oriuntur effectus, qui ad nostrum propositum maximè conducunt.

8 Primus † quòd iuramentum cum sit personale, vt in capit. veritatis, & ibi Doctores de iureiuran. non ligabit hæredes iurantis, nec ad ipsos trāsibit, sed tantum ipsam mulierem tenebit: ita in terminis Porcius Iason, & Curt. à me relati vbi supra versic. & primus. Et hic est noster casus: quia mulier, quæ iurauit alienationem, decessit iam, & ipsius filia tanquam hæres petit valorem rei alienatæ secundum valorem hodiernum, qui est maior, quam tempore venditionis, licèt tunc iusto pretio res dotalis fuisset vendita. Secundus effectus est, quod impetrata absolutione à præd. iuramento contractus remanebit sicut si iuratus non fuisset, & per consequens inualidus, si à principio nullus erat, vel validus reuocabiliter, si talis erat absque iuramēto. Ita tenens supradict. tres authores a me etiam relati vbi supra in secūdo effectu, vbi addidi quoque tertium.

9 Quartus † erit: quia poterit mulier, quæ rem dotalem alienauit cum iuramēto eandem rei uendicare a tertio possessore non habēte causam ab emptore: ita in specie tenent Imol. Alciat. & Faber. relati à Couar. vbi sup.

Tertio suprad. sententia coadiuuatur ex præsumpto metu reuerētiali mariti, quo mulier cum iuramento consentit alienationi fundi dotalis iuxta glossam, l. 1. §. quæ onerandæ, verbo metu solo, ff. quar. rerum act. non det. Qui metus licet solus non sit sufficiens ad rescindendam alienationem, vel hypothecam rei dotalis factam cum iuramento, vt de iure probaui, & retuli esse communem sententiam in capite primo, num. 15. primæ partis de iuramento confirmatorio. Vbi, quòd glossa illa debet intelligi probato metu per minas illatas, vel alio legitimo modo; tamen, si cum metu reuerentiali cōcurrat enormis læsio, bene habet locum rescissio contractus, vt etiā tradidi in dicto capite primo, numero 16. & prius in repetit. authentic. sacramenta puberum, numero 94. Sed in nostro casu datur metus reuerentialis mariti, item & enormis læsio, scilicet, incrementi, siue augmenti illius naturalis; ergò mulier, siue illius heredes bene poterunt petere, quòd habeatur respectus ad valorem rei alienatæ, tempore soluti matri-

monij

mi onij quamuis ex hoc videatur eccessum ab illa alienatione respectu mariti, ipsorumque hæredum. Pręcipuè,& quarto quia consensus ille alienationis mulieris cum iuramento præstitus, tantum intercessit respectu securitatis tertij, scilicet, emptoris, vt ipse securus atque tutus sit in sua emptione à remedio, quod de iure mulieri competeret alias ob priuilegium rei dotalis, nisi ipsa cū iuramento alienationi consentiret. Non vero fit vllus contractus respectu mariti, nec cum eo, quo ad pretium reddendum soluto matrimonio, nec vlla de eo fit mentio, an sit soluendum illo tempore respectu æstimationis factæ in ipsa alienatione, an verò iuxta valorem qui adsit tempore quo matrimonium soluatur, sed solum agitur de venditione rei dotalis in fauorem tertij, & securitate ipsius, & actus agentium non debet operari vltra eorum intentionem, vt in l. non omnis, ff. si cert. pet. l. obligationum substātia, ff. de act. & obligat.

10 Quinto † quia si aliud diceremus, induceretur inde tacita donatio illius incrementi, seu pluris valoris ipsius, quæ tamen est prohibita inter virum, & vxorē, vt per totum, C. & ff. de dona. inter virum, & vxo. adeo vt iuramento non firmetur, vt tenet Bart. in l. s. ff. de dona. inter vir. & vxor. Quę est cōmunis opinio, vt retuli in d. meo tract. de iuramento confirmat. 1. part. c. 3. num. 6. maximè cum iuramentū in proposita specie non sit interpositum super hoc, sed tantum pro securitate emptoris, vt supra dictum est.

11 Sexto † facit l. iure succursum, ff. de iur. dot. & in l. si res, §. 1. versicul. enim vero, ff. de iur. dot. vbi mulieri deceptæ in æstimatione dotis succurritur: & est communis opinio secundum D. Ant. de Padilla in l. 2. nu. 20. C. de rescindend. vendit. Ant. Gom. in l. 52. Taur. nu. 44. col. 2. & probatur expresse in l. 16. tit. 11. partit. 4.

12 His † tamen omnibus non obstantibus contrariam sententiam existimo de iure veriorem & in iudicando, & consulendo esse sequendam. Imò quòd mulier vendens simul cum marito rem, siue fundum dotalem, inæstimatum doti traditum, & iurans alienationem in forma sufficienti, siue ipsius hæredes non possint soluto matrimonio petere aliquid amplius quàm pretium iustum conuētum in illa venditione iurata tempore alienationis: itaque incrementum siue augmentum posteà contingens, si ipsius valorem, vel interesse minime petere poterunt. Primo per text. expressum non cauillando eum in d. cap. cum contingat de iureiurand. Vbi expresse probatur, quòd mulier debet huiusmodi iuramentum seruare, sine vi & dolo, sed sponte præstitū, cum in alterius præiudicium non redundet, nec seruatum vergat in dispendium salutis æternæ; & si huiusmodi consensus mulieris non videatur secūdum legitimas sanctiones obligatorius. Idem probat text. in cap. licet mulieres de iureiur. lib. 6. Quo igitur modo siue pacto poterit mulier hæc aliud petere quam præd. pretium conuentum cum iuramento, cū hic tantum agatur de ipsius, non alterius præiudicio?

13 Secundo † principaliter hoc probo, quia in dote pretium succedit loco rei, ita probatur expresse in l. ita constante, ff. de iur. dot. cuius verba sunt hæc. Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus si hoc mulieri vtile sit, vt ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam, idque probatum est. Ecce igitur text. expressum, vbi constante matrimonio permutari licet dotem ex re in pecuniam, si hoc mulieri vtile sit, vel nō damnosum, vt inquit glo. 1. ibi. Idem optimè probat text. in l. si ex lapicidinis, ff. eodem titu. de iur. dot. vbi nūmi recepti ex venditione rei dotalis, cum voluntate mulieris sunt dati, ergò pretium ipsum, non vero aliquid amplius poterit peti soluto matrimonio.

14 Item † & tertio, quia propter voluntatem mulieris volentis, vt res aliqua ematur ex pecunia dotali, efficitur res ipsa dotalis, ita probat tex. expressus iuncta sua gl. 1. in l. res, quæ. 55. in ordine, ff. de iure dot. l. ex pecunia, C. eod. tit. vbi glo. etiam in l. 1. C. si quis alteri vel sibi, verb. constituta, Soc. in regu. 343. fallent. 4. Alex. in l. si cum dotem, §. fin. num. 4. ff. solu. mat. Tiraq. latè de vtroque retractu prima parte, §. 32. gl. vnic. à nu. 10. cum sequentibus, & à n. 26. & Palat. Rub. in repet. c. per vestras, §. 62. nu. 4. folio mihi 85. expressa, l. 49. ad fi. tit. 5. par. 5. l. 11. tit. 4. lib. 3. for. ergo ità in proposito consensus mulieris iuratus operabitur, vt pretium redactū ex vēditione fundi dotalis efficiatur dotale.

Quarto & in terminis allego doctrinam Pauli de Cast. in l. æstimatis, nu. 3. ff. soluto mat. vbi expresse tenet, quod mulier, quę consensit alienationi rei dotalis, solum poterit soluto matrimonio petere à marito vel eius heredibus, ęstimationem, quę erat tempore alienationis, id est, pretium perceptū, quia fuisset in dotem conuersum, vt inquit esse casum in d. l. ex lapicidinis. Et licet Paulus loquatur in alienatione rei mobilis dotalis, idem eadem ratione venit dicendum in alienatione rei immobilis inæstimatę in dotem datæ cum consensu iurato mulieris facta, quo potest alienari, quia Paulus ideò nō loquitur hoc casu, quia pręsupponit, quòd res immobilis non poterat illo iure alienari, vt dicit ibi nu. 4. non faciens mentionem d. c. cum contingat. Ergo cum iure canonico per illum tex. possit alienari cum iuramento vxoris, sicut res mobilis cum solo ipsius consensu; quemadmodum ergo in casu Pauli solum potest mulier petere æstimationem, quæ erat tempore alienationis, & sic pretium perceptum, ita & in nostro amplius petere non poterit, cum in vtroque valeat alienatio propter consensum mulieris, accedente quoque iuramento, cum alienatio rei immobilis inæstimatæ fit, vt in terminis tenui; & sic declaraui doctrinā Pauli eam sequutus in meo tractatu de iuramento confirmat. 1. par. c. 5. nu. 14.

15 Vbi † retuli receptam illam opi. quæ etiam proposito nostro plurimum cōducit, quæ habet, quod vendentibus marito & vxore simul, cum iuramento rem dotalem inæstimatam; etiam si ambo confiteantur recepisse pretium, nihilominus mulier postea soluto matrimonio poterit petere à marito,

vel

vel eius hæredibus totum pretium, quia ad eum præsu uitur peruenisse, vt experientia docet contra Batt.consl.124.incip. domina P. nupsit, num. 1. & alios,quos etiam ibi retuli, & testatur veriorem & communem Roland.à Valle conf.64.lib.1. vbi eam late probat; idem asserit plures referens decis. Pedemont. 43. nu.5. quia maritus vxorem gubernat & administrat, ino dotis dominus dicitur,nec vxor eius volūtati resistere potest,ad eumque spectat negotium. Ergo si mulier potest petere illud pretium, sequitur, illo se debere esse contentam, & nihil amplius posse petere,cum adhuc respectu dimidietatis pretij adsit varietas inter Doctores,existimantibus quibusdam, tantum dimidium posse petere, non amplius,alijs verius & crebrius totum pretiū,vt ibi deduxi,d.n.14. Quin-

16 to † & vltimo pro hac parte facit, quia si aliud diceremus sequeretur absurdum, quod si res minus valeret quam vendita fuisset eum consensu vxoris iuratæ,satisfaceret maritus vel ipsius hęredes vxori vero illo, minori tamen valore quam conuento pretio, vt contrariorum eadem sit ratio, item & augmēti & diminutionis cōmodi & incommodi, iuxta iura vulgaria,quod minimè puto dicendum nec tolerandum in proposito. Quia si mulier ipsa consensit cum iuramento alienationi rei propriæ dotalis, immobilis, inæstimatæ,fuit ratione pretij conuenti,non vero minoris,alias forsan non con sensura : ergo illud sibi debetur, & solui debet, non vero minor valor.

17 Item, † quia sicut fato, & cursu temporis creuit valor intrinsecus fundi dotalis absque facto hominis, potuit etiam contingere decrementum. Vnde ratione dubij euentus reputari debet pretium iustum, quod fuit conuentum cum consensu vxoris tempore alienationis, quod tunc reputabatur iustum, etiam si posteà aliud succedat, argumento tex.in l. si ea lege 2. C.de vsur.& quæ ibi notant Bal. & cęteri. Doctores,& in l. 1. C.de pact. & in l.de fideicommisso,C.de transact.

Superest modo respondere ijs, quę adducta fuerunt pro prima parte. Et ad primum fundamētum respondeo verum quidem esse,augmentum, siue diminutionem rei dotalis inæstimatæ vel æstimatæ,ea tamen æstimatione, quæ emptionem non fecit, pertinere ad mulierē. Sed in nostro casu quāuis fundus fuisset in dotem datus inæstimatus,posteà tamen fuit venditus durante matrimonio,certo eodemque iusto pretio cum consensu ac iuramento vxoris,ac proinde cum venditio iurata huiusmodi valuerit, iuxta Cancellarias sanctiones dominium ipsius translatum fuit in emptorem sequuta traditione,vt in l.traditionibus cum simil. C. de pact. Cum igitur mulier dominium non habeat illius fundi soluto matrimonio nec ipsius hæredes; consequens est, vt incrementum, petere minimè possint. Rursus nō obstat responsio in fundamento assignata,scilicet,quòd ad hoc vt æstimatio rei dotalis emptionem faciat requiritur, quòd ea fiat statim ab initio tempore constitutionis,vel traditionis dotis vel paulò post, quoniā illud procedit in æstimatione, quæ fit inter virum & vxorem suosque consanguineos : Item & procedit in casu dubio, quo æstimatio rei dotalis facit emptionem,ut in dic.l.quoties.cum materia, gl.in l. cum inter virum, C.de iur. dot.Titaq. plures referens de vtroque retract. 1. parc.§.1.glo.14.nu.20. pag. 97.& nu.108.pag.107. Nos verò hic non agimus de eá æstimatione,nec sumus in dubio,sed de venditione fundi dotalis, quæ fit constante matrimonio per coniuges cum iuramento in fauorem tertij,constatque manifestè de intentione, & voluntate expressa partium vēdentium, sicque est verus & proprius contractus venditionis,ipsoque validus iuramēto vxoris,velit nolit mulier,soluto matrimonio. Et ideò augmentum, vel diminutio posteà intrinsecè contingens pertinet ad emptorem, non vero ad ipsam mulierem nec ipsius hæredes, nec etiam respectu eius,quod interest.

18 Ad † secundum fundamentum prioris partis respondeo, verius quidem & receptius esse totum cō trarium,imò quod etiam contractus nullus,& à lege ciuili prohibitus iuramento confirmetur, præcipuè alienatio fundi dotalis, quæ nō est perpetuò prohibita : quia si secundo post biennium consentiat mulier,bene tenet, vt in authentica siue à me, C. ad Vellei. Vnde fortius iuramentum potest confirmare,quod prius non valebat, vt quasi pro consensu secundo habeatur:& iura in contrarium adducta possunt intelligi de illis, quæ perpetuam habent causam prohibitionis,& in sua natura turpia sunt. Ita glossa mag.in dict.capit.cum contingat,in versiculo, præterea prohibitio,quam in eo,

19 quòd † iuramentum habeat vim duplicis cōsensus testatur approbatam Ioann. Orosc. in l.iuris gentium,§.igitur nuda,nu.6.ff.de pact.tradidi ipse in meo tractatu de iuramento confirmatorio secunda parte,cap.2. nu.15.

20 Quod † expresse probatur in capit. quamuis pactum de pact. libro 6.vbi quamuis pactum de quo in illo tex.sit nullum,quia id improbat lex ciuilis, ut ibi dicitur,firmatur iuramento, & ipsum pactū sic iuramento firmatum omnino seruari præcipit text. ille, qui expressior inueniri non potest, cui textui nescit dare responsum Ias. vbi supra, qui est de sequacibus Porcij. Per quem text. hæc est communis & magis recepta sententia, vt iuramento contractus nullus & à lege ciuili reprobatus confirmetur, vt late deduxi & probaui in d. authentica sacramenta puberum,num.26.ad fi.& sequentibus & in d.tractatu de iuramento confirmatorio 1.parte c.1.nu.3. Et vltra ibi dicta hæc est communis opinio, & vbique seruatur in practica secundum Matian. Socin.iun.consil.32.nu.16.& sequentibus vol.3.& consi.47.num.18.eodem volumine. Nec placet responsio nona à Ioanne Oroscio assignata in d. §. si paciscar,nu.5.ad dict.cap. quamuis pactum & ad d. authent.sacramenta puberum. Nempe,quod in his nullus respectus vtilitatis publicæ nec in consequentiam fuit, sed tantum obligantiū se fauore pacta prohibentur, ideò firmantur iuramento. At in casu d.c.cū contingat.

¶d.c.licet mulieres,quia alienatio fundi dotalis prohibetur præcipuè fauore mulierum, secundariò verò fauore reipublicæ, cuius interest mulieres esse dotatas,vt in l. 1. ff.solut.mat.ideò alienatio fundi dotalis non firmatur iuramento,quia ratio hæc fragilis est, quandoquidem sufficit confirmari alienationem fundi dotalis cum iuramento respectu mulieris, quæ est principalis, quia eo ipso confirmabitur respectu reipublicæ, quæ est accessoria, & secundaria in præd. fauore, cum accessorium debeat sequi principale, eiusque vires capere cum ab eo dependeat iuxta regulam iuris vulgarem accessorium &c. Ergo idem operatur iuramentum vtroque casu. Non etiam obest alius intellectus Aleiar. in dict. c.cum contingat nu.36. scilicet,vt dum dicitur in dict.c.quamuis pactum, esse seruandum, debemus referre ad proximiora, scilicet,ad iuramentum,non verò ad pactum. quia hæc relatio fieri non potest salua recta constructione vt ex tex. patet: item quia tex.dicit quod pactū ipsum fuit iuramento firmatum. Quo fit vt verissima sit & tenenda in iudicando & consulendo supra dicta receptissima sententia, ex qua improbantur omnes quatuor effectus ex contraria eliciti supra in d. secundo fundamento, quia omnes sunt falsi, & contra eos tenent etiam doctores,vt retuli in d. authentica sacramenta puberum,nu. 30.post Couarru.vbi supra.

Tertium etiam fundamentum non obest: quia præsupponimus tempore alienationis præfatæ nullam læsionem interuenire in pretio rei venditæ, quia iusto pretio fuit fundus dotalis alienatus,& sic cessat omnino hoc tertium fundamentum.

Quartum etiam fundamētum cessat: quia quāuis principaliter in præd. alienatione agatur de securitate emptoris, negari nō potest,quin etiam secundariò,& in quandam consequentiam agatur de re vxoris, & de ipsius præiudicio quandoquidē fundus dotalis vēditur pretio certo assignato,sciēte,consentiente,& iurante muliere: ac per consequens scit & intelligere debet pretium sibi remanere,non verò fundum.

21 Et † actus agentium non operantur vltra intentionem eorum primitiuam vel secundariam secundum Bald. in l.si absentis nu.3.C.si cert.pet. Alex. & Ias.in d.l.non omnis ante nu.1.

22 Item † iuramētum super facto(hoc est)in alienatione rei propriæ extenditur ad omne ius dependens ab illo facto,super quo iuratur,& ei præiudicat, nec requiritur, quòd sciatur particulariter & in specie omne ius dependens à facto,vt in l.si duo patroni, §. idem Iulianus & in l. duobus. §. si quis iurauerit cum sequenti.ff.de iur.iur.Alexan. consl. 27.nu.4.lib.1.vbi Bart.& alios citat ad hoc, retuli in 1.par.de iuramento confirmatorio.c.71. nu.1.& 2.

23 Ad † quintum fundamentum respondeo,quòd in proposito maritus nihil recepit, nec ex hoc incremento aliquid lucratur,cum ad emptorem pertineat, & penes ipsum sit, ac proinde non potest dici donatio, quæ si esset, adhuc non comprehenderetur sub prohibitione iuris, cum ex ea maritus non sit factus locupletior, vt in l.si mulier.6.in ordin. ff.de donat. inter vir.& vxor.Palat.Rub.late in repet. Rub.§.48.in princip.pagin.62.Secundo

24 † modo respondeo: quòd licet sint qui affirment donationem inter virum, & vxorem non confirmari iuramento, eaque opinio communis nuncupetur, verior tamen, & receptissima est sententia contraria,vt latissimè dedu xi in d. c.3. per totum 1. parte de Iuramento Confirmatorio. Idque iuramentum extenditur ad omne ius dependens ex illo facto, vt supra est dictum,& ideo nocet etiā ipsi mulieri iurāti respectu suę dotis,& suis hęredibus, nedum respectu emptoris.

25 Tertio † respondeo,quòd quamuis donatio inter virum & vxorem sit prohibita,confirmatur tamen morte donatoris.l. 1.& 3.& l.si maritus *la secunda*, & l. Papinianus,& l. cū hic status in princ. ff.de donat.inter vir.& vxor.& l.donationes,quas parentes. C. eodem tit. ca.fi.eod.tit.in decret.l.4. tit. 11.partit.4. Palat.Rub.in repet.rub.de donat. inter vir.& vxor.§.69.in principio,pag.mihi 114.

26 Nec † obstat,quòd ad hoc,vt huiusmodi donatio morte confirmetur requiritur traditio rei donatæ in vita,vt est text. cum glossa in d.l. Papinianus,vbi notant omnes,& Palat.Rub.in dict. Rubric. §.76. nu.1.pagina.126.testatur communem Iaso.in l.frater à fratre in lectura.nu.44.in quinta columna, illius numeri in principio & in repet. nu.43.& Palat.Rub.in l.17.Taur.nu.11.Gregor. Lopez in d.l.4.in glo.*En su vida*. Quia respondeo, quòd respectu mariti nihil donatur, ideò non est necessaria traditio, respectu verò extranei emptoris non est prohibita donatio, & ei fit traditio.

27 Vltimo † fundamento satis fit pluribus. Primò quòd d. l. iure succursum(si credimus Cagnolo in l.2.nu.63.C.de rescind.vendit.)loquitur quotiescunque interuenit dolus, vt constat ex verbis text. circumuentus sit,& aduertit glossa,ibi eodem verbo, ibi,vel melius hoc verum est,cum dolus aduersarij adfuit, & eodem modo adfuit in d. l.si res §. j.versiculo, enim vero,ibi,circumuenta est. Sed hic intellectus ad illa iura falsissimus est:quia imo dispositio eorum procedit etiam non dato dolo aduersarij,sed tantum læsione re ipsa in æstimatione rei dotalis, vt significant verba illa text.in versiculo enim vero, si in æstimationis modo circumuenta est,& notat gl. verb. circumuenta, id est re ipsa & non dolo.

28 Quod † patet etiam quia speciale est in causa dotis & inter coniuges,vt minor læsio quam dimidiæ sufficiat, quasi in his respectus boni, & æqui potentior sit,quam in alijs,vt optime post alios cōtra Cagnol.aduertit Pinellus in repet.d.l.2.prima parte,c.1.n. 14.& 16.id quod hodie expressissimè approbatur in l.16.tit.11.par.4.

29 Nec † obstant verba,circumuentus.& circumuēta, dictorum iurium, quia aliquando significant læsionem re ipsa absque dolo, vt in l. in causæ, §. penultimo.ff.de minor, & in l.itē si pretio. §.fi.ff. locat. vbi glossa aduertit: sicut etiam verbum deceptus

ceptas accipitur aliquando pro lapso sua facilitate absque dolo alterius, l. non omnia 45. ff. de minorib. Ita Pinellus vbi supra d. num. 14. Ideo respondeo secundo, quòd præd. iura loquontur quando ab initio dos æstimata datur viro, & in æstimatione contingit læsio, at vero nos agimus, quãdo rem inæstimatam in dotem datam posteà durãte matrimonio maritus de consensu vxoris iurato vendit iusto pretio.

30 Nec † obstat, quod ex post facto crescat pretium, & valor ipsius; quia valor rei ad sciendum an sit lesio nec ne, tantum consideratur tempore contractus, non vero vlteriori, vt bene probat Aymon Crauetta consilio 114. num. 16. & consi. 188. numero 4. Pinellus in d. l. 2. 3. parte, capit. 4. numero 15. folio 152. & probatur expresse in l. 56. versic. *Otrosi dezimos el secundo*, ibi, *Que pudiera valer en a quella sazon que la compró*, tit. 5. partita 5. Sed illo tempore, pretium, quo vendit res dotalis, erat iustum ergò si posteà crescat, non habetur in consideratione, præcipuè cum esset incertum an cresceret vel decresceret, quo casu etiam si posteà succedat læsio non consideratur, vt supra
31 probatum est. Tertio † respondeo quod renuntiatio specialis d. l. 2. etiam non iurata tollit ipsius remedium, etiam si alias id locum haberet vt ibi Doctores resoluunt argumento l. penultimæ, C. de pact. & testatur communem Couar. lib. 2. var. resol. cap. 4. numero 1. D. Anton. de Padilla in d. l. 2. numero 42. quos retuli, & fui sequutus in meo tractatu de iuramento confirmatorio prima parte, cap. 26. num. 2. Imo iuramentum maioris 25. ann. non tantum speciale, sed etiam generale de non veniendo aduersus contractum venditionis excludit etiam ab illo beneficium, vt cum receptis sententijs resoluit in d. cap. 26. numero 4. & 5. Sed cum in præsenti casu detur specialis mulieris renuntiatio dict. l. secundæ, item & iuramenti ipsius, de non contraueniendo vllo modo & causa dict. contractui, & iuramentum præd. extendatur ad omne ius ex facto dependens, meritò quod excludat ipsam à quacumque læsione, etiam si tempore contractus ea interuenisset, dum tamen eo casu non esset enormissima, quia tunc iuramento & renuntiatione præd. non obstantibus posset sibi iuris authoritate consulere super præd. læsione, & etiam aduersum emptorem, vt deduxi in d. authentica sacramenta puberum, nume. 92. & sequentibus, & in dicto cap. 26. numero 7. Item sufficeret etiam adhoc enormis læsio cum metu reuerentiali, vt supra dixi in tertio fundamento prioris partis. Harum autem nulla contingit in proposito; ergo hæredes mulieris præfatæ contenti esse debent cum solo pretio conuento tempore alienationis, & in instrumento ipsius. Et ità existimo de iure tenendum, ego D. I. G. saluo meliori iudicio. Placentiæ 25. mensis Aprilis 1577. Quo fit, vt si res dotalis præd. non iusto pretio fuisset vẽdita, sed in præd. alienatione mulier enormiter læderetur in pretio, iuncto metu reuerentiali, videtur sibi succurrendum fore aduersus hæredes mariti pro supplemento iusti valoris & pretij iuxta dicta in d. tertio fundamento, primæ partis: sed hoc cessat in nostro casu, cum præd. res dotalis iusto pretio alienata fuerit.

SVMMARIA.

1 *Absens audiri debet super excusationis causis, quare comparere non possit.*

2 *Propriè dicitur quis recognoscere chirographum proprium non vero alienum.*

3 *Schedula tunc demum habet paratam exequutionem, quando recognita est ab eodem, qui eam subscribere mandauit, non verò ab eo, qui neque subscripsit nec subscribere mandauit.*

4 *Contractus siue instrumenta etiam publica de iure cõmuni non habebant exequutionem paratam.*

5 *Geminatio verborum significat præcisam intẽtionem*

6 *Agnitio schedulæ tantum nocet agnoscenti, non verò alij tertio.*

7 *Instrumentum, quo aliud refertur exequi non potest, nisi primo, ad quem sit relatio, producto.*

8 *Scriptura non facta ad obligandum, sed ad alium effectum in qua refertur alia dispositiua, id est, in qua continetur obligatio, non est sufficiens ad petendum debitum, sed produci debet altera dispositiua.*

9 *Verba enuntiatiua inter easdem personas inducunt probationem.*

10 *Verba narratiua facientia mentionem de mandato non probant mandatum, etiam si notarius referat se ad proprium eius instrumentum dicens vt apparet in tali instrumento à me rogato, & confecto, nisi illud producatur.*

11 *Non creditur instrumento aliquid attestanti de præterito.*

CONSILIVM XXIII.



Viso processu causæ exequutionis in gradu appellationis pendentis inter testamẽtarios cuiusdam eximij iuris periti appellantis, & quendam Ioannẽ ex aduerso appellatum, existimo de iure reuocandam esse sentẽtiam latam in prima instantia aduersus d. testamẽtarios exequutionemque ipsam annullandã. Primo, quia præd. exequutio fuit facta virtute cuiusdam chirographi subscripti, vt fertur a præd. defuncto habiti pro recognito in cõtumaciam vnius ex dictis exequutoribus testamenti, qui fuit citatus, vt personaliter cõpareret ad recognoscendũ d. chirographum: quia iudex minimè potuit habere pro recognito d. chirographum: quia citatus cõparuit in termino per suum procuratorẽ habentem ad id speciale mandatum, & allegantem causas excusationis sui principalis, quibus impeditus erat, vt comparere minime posset, sicque dici non potest contumax.

1 Quinimò † debebat audiri super d. excusationis causis, sibique terminus dari ad probandum, & comparendum iuxta tex. in l. 2. §. si quis in iudicio, ff. si quis cau. l. 37. tit. 11. part. 5. & ibi Greg.

Lop.

Lop.l.11.tit.7. & l.12.tit.25.p.3.optimè Afflictus decis. Neapol.29. & 50. Imo iustum impedimentum itineris excusatā pœna excommunicationis, ita quod non sit necessaria absolutio, Abb in cap. 2.de restib.cogend.refert & sequitur Roder. Suar. allegat.13.col.2.

Imo etiam si citatus nullam excusationē haberet & verè esset cōtumax, nullo modo potuit iudex habere pro recognito chirographum, quia pręd. testamenti exequutor, qui fuit citatus ad recognoscendū, minimè illud confecit, nec subscripsit: quo fit, vt citari non potuerit ad recognoscēdum alie-

2 num; quia † proprie dicitur quis recognoscere schedulam, quæ sua est, non vero alienam, cuius est probabilis ignorantia, iuxta regulam iuris. Quinimo etiam si personaliter compareret, & eam recognouisset adhuc paratam exequutionem non haberet, idque tribus potissimum de causis.

3 Prima † quia tunc demum schedula habet paratam exequutionem, quando recognita est ab eodem, qui eam subscripsit, vel subscribere mandauit, nō vero ab alio, qui nec subscripsit, nec subscribere mandauit, vt probatur ex l.fi.de Madrid, quæ hanc vim tribuit schedulis recognitis ipsis eisdem partibus, vt probatur primo in princ.l.in narratione ibi. *Porque somos informados que a causa de no se exécutar los conoscimientos recognoscidos por las partes*, & iterum in decis.l.ibidem. *Porende ordenamos y mandamos, que de aqui adelante los conoscimientos reconoscidos por las partes, &c.* In quo duo sunt ponderanda. Primum quod remedium exequutionis illius.l.est nouum, & correctorium iuris cōmunis.

4 Quia † de iure communi contractus siue instrumenta etiam publica non habebant exequutionem paratam iuxta text.in leg.minor.25.anno.cui fideicommissum, ff. de minorib. Roderic. Suarez, & alij relati per Didacum Perez in l.4. tit.8. lib.3.ordin.colum.1067. Ergo cum sit correctoria lex illa, non debet extendi ad alium casum, quā eum in quo loquitur, iuxta regulam iuris vulgarem. Secundo quod semel atque iterum exprimitur in eadem l. atque pro forma requiritur, *que sean reconoscidos por las partes los conoscimientos*, ad

5 hoc vt paratam habeant executionem, quæ † geminatio verborum significat pręcisam intentionem, vt cum alijs concludit Roland à Valle consil.61. nu.16.lib.2. Ergo si schedulæ non fuerint recognitę per ipsammet partem, quæ subscripsit, non merebuntur exequutionem. Ita sentit & tenet expresse D.Couar.lib.2.var.resolut.c.11.num.4. dicens quod d. l. de Madrid. ius hoc exequutionis summariæ concessum est priuatis scripturis, ac chirographis, modo eadē priuata scriptura coram iudice ab ipso reo agnita sit. Et paulò inferius inquit, priuatam scripturam etiam recognitam tantum præiudicare ac nocere confitenti à se scriptam, vel subscriptam: ergo quamuis alius non scribens nec subscribēs eā agnoscat, ius exequutionis ei non tribuitur à lege. Et supra dicta transcripsit à D.Couar. Didac. Perez.in l.4.tit.8.li.3.ordin.col.1089. & sequentibus. Sicque hæc agnitio, siue recognitio personalis est. Nunc ad rem. Exequutor hic testamenti, quamuis dici possit haberi posse loco hæredis, quia anima defuncti fuit hæres relicta, id tamen impropriè est, verè enim est nudus minister & exequutor voluntatis defuncti, quia nihil capere debet ex ipsius hæreditate, sicque non est pars principalis, nec confecit nec subscripsit chirographum; quo fit vt quamuis expresse id agnosceret, minime haberet exequutionem paratam. Quę cū ita se habeant, multo minus sufficit contumacia d. citati, etiam si ea intercessisset, quod diffiteor, quoniam fictio non debet plus operari, nec fortior esse quam veritas, vt in l.filiusfamilias, ff.si cert.pet.& in nostra materia ità tradit Rebuffus, nu.98. vbi infra statim allegabitur; imò aliud est, quē esse talē, vel haberi pro tali, vt in l. precibus, C.de impub.& alijs, &c.

6 Secūda † ratio, quare exequutio præfata locum non habet est, quia licet intercessisset vera agnitio, ipsa tantum noceret agnoscenti, non verò alteri tertio, vt expresè in terminis tenet alios allegans Rebuff.in 1.tom. ad constitutiones Gallic.in titulo de chirog. & schedul.recog.in præfatione, nu. 26.Couar.& Didac.Perez vbi supra. Ergo factum, siue non factum huius exequutoris testamenti minimè nocere potuit tertio, hoc est, animæ defuncti, in cuius fauorem residuum erogari debet ex dispositione defuncti, maximè cum anima sit nimis priuilegiata.

7 Tertia † ratio quare d. chirographum exequi non potuit quamuis recognitum verè fuisset est, quia in eo aliud etiā chirographum refertur, quod asseritur factum fuisse super eadem re; itē dicitur soluendam esse præd. quantitatem ad dies seu terminos solutionis in dicto alio chirographo contētos: sicque, chirographum hoc, quod producitur non est clarum nec liquidū, quo fit ut exequi non possit, nisi primo ad quem fit relatio producto, vt est text. expressus in authentica si quis in aliquo documento.ibi, nulla ex hac memoria fiet exactio, C. de edend. & tradit in terminis ex hoc casu tertiam limitationem ad similem dispositionem d.l. Regię Rebuff. vbi supra numero 65. vbi allegat. Roman. cons.305.incip. quoad septimum vltima quæstio. Et sublimitat, vt intelligatur quando substantia refertur ad aliam scripturam, secus si ad aliud, sine quo monitio fieri posset, vt si confiteretur se debere centum aureos restantes ex obligatione tali. Sed in proposito terminus solutionis contentus in scriptura non producta, ad quam fit relatio, est substātia pręcipua, vt fiat exequutio, quia ipsa fieri non potest, nisi transacto termino solutionis, de ipso ergo necessario constare debet prius quam exequutio fiat, quia dici non potest pręsenti die deberi cum dies appositus sit, isque incertus cum respectu ipsius fiat relatio ad aliud chirographum non productum.

8 Item † hæc scriptura priuata in iudicio producta nihil disponit, non enim confecta fuit ad obligandum, sed ad alium effectum in ea contentum valde dissimilem: alia enim est, in qua continetur

obligatio cum terminis solutionis, vt in hac refertur. Demonstrari igitur, & produci deber ipsa ptincipalis dispositiua, atque vinculum obligationis continens, vt peti possir quantitas pretij rei venditæ maximè via summaria, quia d. l. regia de Madrid loquitur in chirogtaphis dispositiuis, claris atque recognitis.

9 Nec † obstat, quòd verba ennntiatiua inter easdem personas induεant probationem, vt in l. optimam, C. de contrahend. & commit. stipul. Quia illud procedit quando simpliciter & absolute à contrahentibus proferuntur, secus verò quando verba contrahentium ad aliud instrumentum referuntur, quo casu non simplieiter partes videntur confiteri, sed solum quatenus in instrumento continetur, vt in d. authenr. si quis in aliquo, quæ limitat hoc modo dispositionem d. l. optimam, vt bene perpendit Decius in d. authent. nu. 34.

10 Vnde † est, quod verba narratiua facientia mentionem de mandato non probant mandatum, etiã si notarius referat se ad proprium eius instrumentum dicens, vt appatet in tali instrumento à me rogato, & cõfecto, nisi illud producatur, vt cum Alexan. & alijs probat Decius in d. authent. nu. 32. & 33. & Roland. à Valle consi. 15. nu. 21. lib. 1. & faciunt, quæ in materia tradit Matthæus de Afflict. decis. Neapol. 48. & 273.

11 Vbi † nu. 5. testatur communem, quòd non credatur instrumento aliquid attestãti de præterito. Hæc causa sententia diffinitiua decisa fuit 17. die mensis Iulij ann. 1574. in fauorem dictorum testamentariorum secundum hoc meum consilium.

SVMMARIA.

1 *Donatio omnium bonorum est nulla.*

2 *Donatio reuocatur per atrocem iniuriam.*

3 *Donatio omnium bonorum valet, si reseruetur vsus fructus ad testandum.*

4 *Testibus inimicis non est danda fides: & sufficit quòd sit causa inimicitiæ licet testis dicat non esse inimicum nu. 5.*

6 *In casibus in quibus iniuria illata vni personæ censetur illata alteri, ille cui cẽsetur illata nõ est idoneus testis.*

7 *Testi de agnatione offensi non est credendum contra offendentem.*

8 *Aduocatus, vel scribens in iure pro vna parte non est idoneus testis in illa causa in fauorem illius partis, adeò, vt si fuerit testis in ea, & decidatur in suũ fauorem, retractetur sentẽtia, vt in nu. 9. Idẽ est si aduocatus proprio motu scribat in iure non ad instantiam partis, quia adhuc non est idoneus testis, vt in nu. 10.*

11 *Testis deponens in ijs, quæ pertinent ad propriã exonerationem non est idoneus, neque quando testi ex dicto suo laus vel vituperium potest adscribi, vt in nu. 12.*

13 *Officiali publico prout est iudex, nec etiã arbitro in forma testium productis credẽdum est in pertinẽtijs causæ, nec etiã notario producto in testem dicẽti testatorem fuisse sanæ mẽtis tẽpore cõditi apud se testamẽti.*

14 *Atrox debet esse iniuria, vt propter eam reuocetur donatio.*

15 *Atrox iniuria consideratur ex tribus causis, facto, loco, vel persona.*

16 *Fundans se in l. qualificata ante omnia debet probare qualitatem illam ad obtinendum.*

17 *Lex quando vnum disponit, & alterum præsupponit ad hoc, vt habet locum dispositum debet prius verificari præsuppositum.*

18 *Atrox iniuria, quæ dicatur, & quæ leuis?*

19 *Conuitium dicitur, quod fit in cœtu, & cum vociferatione.*

20 *An vocare aliquem cornutum sit atrox iniuria attento iure communi & regio?*

21 *Veritas conuitij, an excuset iniuriantem in casu l. fi. C. de reuocand. donati.*

22 *Et quid in alijs delictis, an veritas conuitij probata excuset à pœna?*

23 *Vocare aliquem buboso non est iniuria atrox.*

24 *Furtum rei domesticæ & parui valoris non committitur.*

25 *Donatio ob bene merita, & seruitia, & sic ob remunerationem, hoc probato: non reuocatur etiam ingratitudine sequuta.*

CONSILIVM XXIIII.



CTOR in hac lite duobus nititur fundamentis, sicque duo articuli examinandi sunt in præsenti consilio. Primo
1 † quòd donatio fuit omnium bonorũ, ideoque nullam fuisse per iura vulgaria præcipuè ex l. 69. Tau.

2 Secundo † quia rea pluribus conuitijs affecerit donatricem post donationem, nempe, *llamando la puta bubosa, y que le auia tomado gallinas*, Quare ob hanc atrocem iniuriam reuocatam fuisse præd. donationem ratione ingtatitudinis, vt in l. fi. cum materia. C. de reuocand. donat. ibi, ita vt iniurias atroces in eum effundat. & in l. 10. tit. 4. par. 5. ibi, faziendo *gran deshonra de palabra*. Præsertim quòd Franciscus à Ripa in dict. l. fi. quæstion. 7. num. 23. existimat atrocem iniuriam in proposito dici si donatarius dixerit donatorem esse cornutum: idem ergò videtur esse vocate donatricem puta quando quidem idem conuitium est.

Sed his omnibus non obstantibus donatio hæc valida, & irreuocabilis est, & firma. Primò circa primum articulum de donatione omnium bonorum, quòd sit nulla, hoc assumptum & fundamentum duobus modis sufficientissimis diluitur, atque dissoluitur: ptimo, quod nõ fuit donatio omnium bonorum, sed tantum certæ rei, siue speciei? quia probatum existit in processu alia bona superfuisse d. donatrici tempore donationis.

3 Secundo † modo respondetur, dato sed non cõcesso, quod fuisset donatio omnium bonorum, adhuc valeret, & est seruanda, quia in ea donatrix reseruauit sibi vsumfructum pro toto tempore vitæ suæ quo casu eum possit testati, & disponere de præd. vsufructu, & sic cesset ratio prohibitionis ne tollatur libera facultas testandi, merito quòd valeat d. donatio. Ita tenet Paulus de Castr in l. stipula-

pulatio hoc modo concepta in finalibus verbis, ff.de verb. obligat. dicens quòd hoc casu fructus non caderet in donatione, quia reseruando vsumfructum videtur reseruare fructus, qui ex eo percipietur, & de illis poterit testari, nisi forte essent ita tenues, quod vix sufficeret ad vitam. Et licet idem Paulus in l.fi.nu. 10. C.de pact. velit contrarium, cuius opinionem etsi nonnulli alij probent, prima tamẽ opinio in fauorem donationis verior est de iure & tenenda, vt optimè probat & resoluit post alios Aymon Crau.cons. 222. per totum, Andreas Aleiat.in d.l.fin.num. 42. & 43. cum Ias. & Alexan. quos refert, sequitur etiam hanc opinio, tanquam veriorem plura consilia doctorum eam tenentium referens Roland. a Valle cons. 65. nu. 5. lib. 1. vbi refert Abb. consilio 102. colum. 2. vol. 2. dicentem, quòd hanc opinionem tenent omnes legistæ. Hanc etiam sequitur, & communem dicit Anton. Gomez in d.l.69. Taur. num. 3. eandem sequitur & dicit veriorem & communem de iure communi Couar. lib. 3. var. resolut. c. 12. per totum. Et licet ibi ipse dicat, quòd licet hoc ita verum sit de iure communi Romanorum, tamen hodie attento iure regio; scilicet d.l.69. Taur. verior sibi videtur secunda opinio supra dicta, scilicet, quod non valeat regulariter donatio omnium bonorum cum reseruatur vsusfructus, fatetur tamen, quòd etiam stante d.l. regia, sæpissime apud suprema huius regni tribunalia communis sententia supradicta aduersus Paulum in d.l. fin. recepta esse videtur. Tandem articulum hunc latissime, & optimè examinat nouissime D. Mol. lib. 2. de Hisp. prim. c. 10. num. 20. & sequentibus, & tenet primam opin. suprad. Pauli in d.l. stipulatio hoc modo concepta plures authores allegans, & communem dicens, & tenet quod procedit, & est verior etiã hodie stante d.l.69. Tauri, idque bene probat aduersus Couar. vbi supra & etiam inquit interdum receptam apud suprema tribunalia se vidisse. Itaque hæc est vera, communis, & tenenda in iudicando, & consulendo, & in praxi recepta opinio, donationem omnium bonorum cum reseruatione vsusfructus sufficientis ad alimenta, & testandum esse validam. Sed in processu probatum sat est, vsumfructum reseruatum à donatrice sufficientem esse ad omnia supradicta, & plus, idque quam plurimi testes experti deponunt: igitur valida est d. donatio; sicque omnino deficit primum fundamentum contrariæ partis, præmaximè quòd donataria se obligauit in donatione ad faciendam funeris impensam ipsi donatrici iuxta suam qualitatem.

Superest vt ad secundum articulum & fundamentum partis aduersę condescendamus, scilicet, an donatio hæc reuocata fuerit ob ingratitudinẽ propter præd. verba iniuriosa in puncto relata? Et primo testibus hoc probantibus non est danda fides propter inimicitiam probatam ex causa, de qua in processu.

4 Testibus † autẽ inimicis non est danda fides vt iura proclamant, quæ cumulat ita resoluens Aut. Gom. de probatione delict. 3. tom. nu. 14. vbi inter
5 alia dicit † sufficere, quòd subsit causa inimicitiæ, ex qua verisimiliter possit resultare inimicitia, licet testis offensus dicat & asserat non esse inimicũ. Et videndus est in proposito Rol. a Val. cons. 24. nu. 24. sequen. li. 1. Vbi nu. 40. tenet & probat, q
6 † in casibus, in quib. iniuria illata vni personę censetur illata alteri, illa persona, cui censetur illata iniuria, non est testis idoneus contra inferentem.
7 Et † nu. 85. tenet, quòd testi de agnatione offensi non est credendum contra offendentem. Cum igitur tota domus, agnatio, & familia dicti P. fuerit offensa ratione cuiusdam matrimonij extra eã cõtracti, indeque præd. inimicitia orta fuerit, quia causa illa tangebat omnes suos agnatos, cõsequẽs
8 est, vt nullus de eis sit idoneus testis. Vnus † testis præterea ex supradictis vltra d. obiectionem aliã non minorẽ patitur, scilicet, quia in causa hac patrocinium suum tanquam aduocatus in fauorẽ d. actricis præstitit, scribens in iure pro ea, quare dicto suo iuramento minimè danda est fides, iuxta tex. in l.fi. & ibi gl. & Doctores, ff. de testib. & in c. fi. de testibus, li. 6. l. 20. tit. 16. par. 3. tradũt Doctores præcipue Innoc. & Abb. in c. 2. de arbit. & in c. contingit de transf. Bar. in l. deferre, ad fi. ff. de iur. fisc. Ias. in Rubr. nu. 4. C. de procur. Burgos de Paz cons. 11. num. 14.
9 Adeo, † vt si aduocatus fuit testis in causa in qua fuit aduocatus, retractatur sentẽtia, vt ex Mõtalu. refert Auiles c. 3. præt. in gl. abogados, nu. 1.
10 Idemque † erit, quamuis ad instantiam partis præd. iuris allegationem non fecerit sed suo motu proprio, minimè requisitus, quia cum votũ suũ declarauerit, & agatur de suo honore, quia cõmodo pecuniario pręferendus est, vt in l. isti quidem, ff. quod metus caus. reijciendus est a testimonio, sicut repelleretur, quãdo ageretur de cõmodo suo pecuniario, vt in l. omnibus, cum similibus, C. de testib. Imo à fortiori cum agatur de ipsius honore ita Additio Bart. in d.l. deferre ad fin. quia sua maxime interest (ob bonum nomẽ iuris periti acquirendum, quod est melius, quam diuitiæ multæ, vt aliàs inquit sapiẽs,) quòd pars sua obtineat in pręsenti causa iuxta suum votum, & iudiciũ: imo nemini dubium erit aduocatũ maxime affectare atq; desiderare vt iuxta suas allegationes causa iudiciali sententia decidatur.
11 Itẽ † sicut testis deponens in his, quæ pertinent ad propriam exonerationem, minime est idoneus nec fidẽ facit, vt tenet Bart. in d.l. deferre, nu. 2. ff. de iur. fisc. vbi eius additio alios refert: ita etiam
12 † quando testi ex dicto suo laus vel vituperium potest adscribi, nunquam fides adhibenda est ei, quasi tunc deponat in causa propria, quo casu nõ valet testimonium vt supra est dictum. Ita in specie tenet, & ampliat Felin. alios allegans in c. cum a nobis, nu. 5. de testibus, & fuit Doctrina Io. And. ad specul. in ti. de testibus, §. opponitur, vers. quòd si administrator. Nicolaus Bellon. cons. 63. nu. 13. & cons. 75. nu. 7. Burgos de Paz, vbi sup. d. cõs. 11. num. 16. sequitur alios referens, præcipuè Docto-

res in cap. ex literis, de transact. Roder. Suarez allegatione prima fol. mihi 124. col. 1. in princ.

13 Inferens † ex hoc, quòd nec officiali publico, prout est iudex, nec etiam arbitro in forma testiũ productis non creditur in pertinentijs causæ nec etiam notario producto in testem, dicenti testatorem tempore conditi testamenti fuisse sanæ mentis, quia iam agit de suo negotio, & fide. De iudice, & arbitro tradit latissime amplians & limitãs Menoch. de arbitr. iudic. libro 1. quæst. 73. per totam. Præterea quamuis testes essent omni exceptione maiores, quod negat, verba tamen iniuriosa probata, non continent iniuriam atrocem, ita, vt ex eis reuocetur prædict. donatio. Attrox
14 † enim debet esse iniuria, vt propter eam reuocetur donatio, vt disponit, l. fi. C. de reuoc. donat. & cap. fi. de donat. & l. 10. tit. 4. part. 5. ibi, faziendo gran deshonra.

15 Sed † atrox iniuria dicitur, & consideratur in iure ex tribus causis, facto, loco, vel persona, vt in §. atrox, institut. de iniurijs, & in l. Pretor edixit ad fi. versiculo atrocem iniuriam, ff. de iniur. Anton. Gomez. 3. tomo, cap. de iniurijs, num. 4. Et in terminis d. l. fin. quòd his modis consideretur iniuria atrox, tenet glo. 3. ibi, & glo. 3. in d. c. fin. & vtrobique Doctores in quibus iuribus præfiguntur species iniuriæ atrocis. Et tamen nulla ex eis, quæ ibi enumerãtur, reperitur esse illa, quam pars aduersa prætendit deducere ex supradictis verbis; igitur reuocari non potest dicta donatio.

16 Quia † qui fundat se in l. qualificata, ante omnia debet docere, & probare qualitatem illã, aliàs non potest obtinere, vt pluribus iuribus relatis resoluit Antonius Gomez 3. tomo, cap. 1. de delict. num. 44. & cap. de captura reorum, num. 1. estque verissimum.

17 Inde † est, vt cum lex vnum disponit, & alterum præsupponit, ad hoc, vt habeat locum dispositum, debet prius verificari præsuppositum. Solet ad hoc allegari glossa singularis in l. mancipia, verb. auocandum, C. de seruis fugit. quam ibi commendat Iacob. Butric. & Bald. Roman. sing. 489. Paulus Pariss. consil. 62. nume. 36. & sequentibus, volum. 4. & plures referens Mexia. in l. regia Toleti in quarto fundamento, secundæ partis, num. 2. & sequentibus. Sed cum lex disponat donationem reuocari ex causa ingratitudinis, & præsupponat atrocem iniuriam requiri ad hoc, necessariò debet verificari prius commissam fuisse prædict. atrocem iniuriam; hoc autem nõ constat nec probatur, igitur, &c.

18 Secundo, † quòd hic non sit commissa atrox iniuria, sed tantum leuis, quando vlla esset, probatur ex l. 20. tit. 9. par. 7. vbi lex regia ad decidendũ venit, quæ dicantur iniuriæ atroces (*Que quiere tanto dezir en Romance como crueles, y graues,*) & quæ leues. Et inquit, *que las graues pueden ser conoscidas en quatro maneras. La primera por razon del hecho, como por ferida en la persona. La segunda por razon del lugar del cuerpo en que se da è haze la ferida, como si fuesse en el ojo, o en la cara, o por razon del lugar do fuesse fecha la deshonra, como quando se haze de palabra, o de hecho delante del Rey, o del juez, o concejo, o en yglesia, o en otro lugar publicamente ante muchos. La tercera manera es por razon de la persona, que recibe la deshonra: como si es fecha a padre de hijo, o à abuelo de su nieto, o al señor de su vassallo, o de su rapaz, o de aquel que el afforro, de aquel que el crio, o al juez. La quarta es por cantigas, o por rimas, o por famoso libello, que home haze en deshonra de otro.* Subdit statim lex. *E todas las otras deshonras que los homes hazen los vnos a los otros de fecho, o de palabra, que no son tan graues como de suso diximos, por razon del hecho, o del lugar, o de aquellos que los reciben, son contadas por liuianas. E por ende mandamos que los juzgadores que ouieren a juzgar las enmiendas de ellas que se aperciban por el departimiento susodicho en esta ley, &c.*

Verba profectò notanda, quæ nostrum casum manifestè aperiunt, & definiunt.

19 Imò † etiam de iure communi idem requirebatur, quo dicit illa l. scilicet, quòd conuitium fieret in cœtu, & cum vociferatione, ad hoc, vt dicatur conuitium, vt in l. item apud Labeonem, §. conuitium, ff. de iniurijs. Sed in præsenti non contingit iniuria vlla aliquo ex supra dictis modis insignita. Imò etiam si esset vera assertio prædict. testium verba quæ audisse dicunt fuit clam noctuq; intra parietes priuatos & in absentia, non vero cũ vociferatione; nullo igitur modo potest dici atrox iniuria. Tertio quòd ex præd. verbis non sit facta atrox iniuria probatur nouissimè ex l. secunda, titulo *de las iniurias, y de nuestros*, lib. 8. nouæ copila. reg. vbi tunc demum reputatur grauis iniuria, *llamar a vna muger puta*, quando est nupta, & non aliàs, quia si nupta non esset pro leui iniuria reputaretur, & pro tali puniretur ex l. tertia sequenti dicti tituli, puniente alia pœna leui alias iniurias leues preter contentas in d. l. 2. Sed pars aduersa non est nupta, igitur, &c. quia qualitas d. l. secundæ, *que sea muger casada*, requiritur pro forma, & sic de ipsa debet constare ante omnia, vt supra dictum est, qua deficiente deficit dispositio. Et quãuis ipsa procedat respectu pœnæ specialis, *de desdezirse*, quam incurrit delinquens contra dict. l. secundam; nihilominus tamen ex ipsa, iuncta lege sequenti, ipsiusque ratione colligitur leuem esse iniuriam, quando in mulierem non nuptam profertur; quamuis iudex attenta qualitate personarum, & iniuriæ illatæ posset pœnam illius l. augere, vt in illa lege 3.

20 Ex † quibus iam cessat doctrina Ripæ in d. l. fi. nume. 23. supra relata, tenentis, quòd vocare aliquem cornutum esset atrox iniuria: quia licet hæc opinio de iure communi procedere posset, iure tamen regio attento, saltem in homine non vxorato vel muliere non nupta, minimè locum habet per supra dicta, multoque minus in vidua quæ vt fertur inhoneste vixit publicè, maximè quòd requirebatur iniuriam atrocem commissam fuisse publicè & cũ vociferatione. Quarto probatur optimè ex depositionibus sex testiũ rea, affirmantium

non

non esse grauem nec atrocem iniuriam, quamuis eam præd. modo iniuriarent propter publicam for mam, quæ in ciuitate erat contra actricem de prædict. infamia, tum etiam propter infimam conditionem ipsius.

21 Nec † obstat, quòd in casu dictæ l. finalis, C. de reuocandis donationibus, cum similibus veritas conuitij minimè excuset iniuriantem iuxta traditta per Ripam ibi num. 15. & sequentib. quia Ripa ibi refert in hoc plures opiniones & distinctiones, & licet ipse teneat supra dictam adhuc veritatis probatio alleuaret iniuriam, maximè cum ipsa nō sit atrox, vt probatum existit. Præterea licet hæc opinio Ripæ de iure communi procedere posset: inspecto tamen iure regio (quo expresse decisum extat, quòd iniurians aliquem) probando vera esse conuitia nullam incurrit pœnam, primo, quia veritatem dixit, secundo vt delinquētes vereantur similia perpetrare propter opprobrium, & detitionem quam patientur, vt in l. fi. ad fi. tit. 6. & in l. 1. ad finem, tit. 9. part. 7. minime habere locum potest.

22 Et † quamuis probatio veritatis conuitiorum in illis delictis, in quibus reipublicæ non interest, vt detegantur, non excuset à totali pœna, bene tamen liberat ab ordinaria, & graui, quamuis iniuria facta sit in rixa, & prauo animo, vt tradit Didac. Couarr. lib. 1. variarum resolut. cap. 11. nu. 7. ver. octauo, mihi, & Frater Dominicus à Soto lib. 4. de Iustitia & iure quæst. 6. art. 6. pag. 331. col. 2. Nauar. in Manuali cap. 18. num. 48. Petrus Placa de delict. lib. 1. cap. 1. num. 3. & sequentibus Ioan. Iañez in suo libell. rerum quotid. cap. 17. nu. 11. & Gregor. Lopez in dicta l. glo. magna ad finem, quicquid in contrarium velit Anton. Gomez 3. tomo, cap de iniuria num. 2. Sed pœna reuocationis propter ingratitudinem ratione atrocis iniuriæ est pœna legis ordinaria, ergo nō debet infligi hoc casu probata veritate conuitij.

23 Præterea † vocare aliquem bubosō, non est iniuria atrox vt in terminis decidit Ioan. Iañez, vbi supra num. 8. præmaxime eum probatum existat, prædict. morbo laborasse actricem: nam expedit reipublicæ, vt detegatur, ne alios inficiat, vt tenet Gregor. Lopez in d. l. 1. tit. 9. part. 7. gloss. mag. in principio.

24 Item, † quòd furata sit gallinas, res erat domestica paruique valoris, in qua non committitur furtum, nec aduersus eam agi furti poterat ea ratione, vt in l. respiciendum, §. furta domestica, ff. de pœnis & l. 4. & 17. & ibi Greg. Lopez in gl. penult. tit. 14. par. 7. tradit optime Anton. Gomez 3. tom. c. de furtis, nu. 3.

25 Vltimò † in fauorē rei facit, quia donatio hæc, de qua agimus fuit facta ob benemerita, & seruitia, & sic ob remunerationem, vt ex instrumento donationis patet, & probatum bene existit in processu, quo ea su donatio irreuocabilis est, etiam ingratitudine sequuta, tex. est expressus in l. si pater, 1. iuncta glo. verb. irreuocabilis, ff. de donat. Ias. in l. si non sortem, § libertus, num. 8. ff. de condit. indebit. sequitur alios allegans Petrus Dueñas reg. 224. limitat. 4. Greg. Lopez in d. l. 10. glo. 1. Tiraquell. in l. si vnquam, verb. donatione largitus, nu. 13. C. de reuocand. donat. Felin. in suo repertor. verbo, donatio remuneratoria. Boerius decis. 27. Hæc lis finita atque sopita fuit concordia inita inter partes.

SVMMARIA.

1 *Instrumentum referens totam substantiam alterius instrumenti non comparentis, item & disponens super illa valet, & tenet, quamuis alterum non producatur.*

2 *Verba enunciatiua per modum causæ adiecta ab eo, qui habet potestatem disponendi inducunt dispositionem.*

3 *Verba enuntiatiua in contractibus regulariter inter easdem personas probant, & num. 4.*

4 *Verba enuntiatiua in contractibus non inducunt obligationem.*

5 *Verba enuntiatiua rectè probant, quando confessio contrahentium est geminata.*

6 *Verba enuntiatiua in vltima voluntate principaliter propter se emissa dispositionem inducunt, nisi ab hærede probetur per errorem emissa fuisse: & tunc agitur virtute testamenti, non vero primæ scripturæ.*

7 *Quando in vno instrumento fit mentio alterius non est necesse de primo constare, quando secundum etiā propter aliud emissum potest principaliter disponere.*

CONSILIVM XXV.



Ista iuris allegatione Magnifici aduocati, in causa eui usdam muti, vltra ibi adducta, iustitia d. muti, quæ meo iudicio, in dubia est, fundari etiam potest sequentibus.

1 Primo, † quia instrumentum secundum parentum suorum in iudicio productum, in quo apponuntur vineula, & conditiones primo instrumento, nō apparent meliorationes tertij & quarti factæ in fauorem d. muti (in hoc enim episcopatu Ciuitaten. immemorabili consuetudine introductum est, vt parentes possint liberos suos in tertio & quarto bonorum meliorare, id quod iam innumeris iudicum supremorum sententijs est obtentum, ita vt pro constituto id semper habeatur) est clarum & dispositiuum quoniam refert totā substantiam, & dispositionem primi & assignat bona in quibus meliorati habere debent d. meliorationem. Additque & disponit, quod d. meliorationē tertij, & quarti, quam in his & illis bonis parentes assignant, volunt vt eā habeant liberi sui, quos hic nominant, & cæteri descendentes; quæ verba aperte disponunt, ac per consequens valere debet hoc secundum instrumentum, quamuis primum, quod refertur non appareat, cum legibus regijs permissum sit parentibus liberos meliorare in 3. & 5. bonorum, & consuetudo immemorialis huius episcopatus id in 3. & 4. permittat.

Secundo † etiã adhuc hoc cessante, quod minime cessat, quia verba enunciatiua per modum causæ dicta ab eo qui habet potestatem disponendi inducunt dispositionem, vt tradunt glossa Bart. & Doctore. in l. si socer, §. Lucius, ff. solu. matrim. & notat Bart. in l. ex hac scriptura, ff. de donat. ita tenet Socinus consil. 227. num. 2. vers. quinto, quia verba, vol. 2. Sed in præsenti verba primæ scripturæ referuntur in hac secunda per modum causæ, vt constat ex principio eiusdem: ergo dispositionẽ inducunt. Sequitur etiam Alex. in authen. si quis aliquo, nu. 15. C. de edend. sic limitans illum text. & affirmans non esse necesse illam aliam dispositionem, seu eius scripturam exhiberi, si de ea specifica facta mentio est, sicut fit in hac secunda scriptura: & Decius ibi nume. 40. Quod præmaximè procedit in præsenti casu: quia in scriptura referente habetur certitudo de voluntate disponentium, de quorum mente constat: quia relatio explicite & integre facta est, iuxta ea, quæ tradit Decius vbi supra, & Aymon Crauetta consilio 157. num. 16.

3 Tertio † quia regulariter verba enunciatiua in contractibus inter easdem personas probant vt in l. optimam, C. de contrahend. & commit. stipul. & ibi Salic. in prin. & in l. 32. tit. 12. partita 5. & ibi Gregorius Lopez. Sed hic agimus de probanda voluntate patris inter filios eo tempore emissa, quo nullum ius acquisitum erat regio fisco ex delicto aliorum filiorum, quia nondum erat commissum, ergo sufficit secunda scriptura, quamuis prima non appareat. ad idem est optimus text. in l. publica, §. fi. ver. respondi, ff. depositi, vbi probatur, quòd licet verba enuntiatiua in contractibus non inducant obligationem, inducunt tamen probationem. notat Bart. in d. l. ex hac scriptura, nu. 16. ff. de donat.

4 Quartò † quia verba enuntiatiua rectè probant, quando confessio contrahentiũ est geminata iuxta notata per Bart. in l. cùm scimus, C. de agricol. & censit. lib. 11. & in hoc casu sæpe ac sæpius pater d. muti confessus est hac in secunda scriptura se fecisse præd. meliorationem, ergo standum est ei quamuis prima non appareat.

5 Quintò † & vltimo fundatur iustitia muti ex testamento patris ipsius, vbi referuntur ambæ scripturæ, easque approbat & confirmat, quod sufficit, quamuis prima non appareat, quãdoquidem secunda producta est, in qua inseritur tenor primæ, & adijcitur dispositio circa d. meliorationẽ.

6 Quia † licet virtute primæ scripturæ agi non possit, virtute tamen testamenti potest agi ex text. in l. 1. C. de falsa caus. adiect. legat vbi notat Salicet. quòd verba enunciatiua in vltima voluntate principaliter propter se emissa dispositionem inducunt, nisi ab hærede probetur per errorem emissa fuisse. Sed in hoc testamento proferuntur verba propter se principaliter, & ad approbandum, ratificandum & confirmandum d. donationem, ergo optime disponunt.

7 Facit † doctri. Bal. in l. si donat. nu. 2. C. de dona. vbi probatur quòd quando in vno instrumento fit mentio alterius instrumenti, non est necesse de primo constare quando secundum etiam propter aliud emissum potest principaliter disponere. Viso hoc consilio iudex regius commissionis datus super bonis delinquentium, qui principio volebat æqualiter diuidere inter omnes filios hęc bona vinculata tanquam libera, quia non apparuit primum instrumẽtum meliorationis, remisit articulum hunc ad regalem cancellariam Pincianam, à qua emanauit sua commissio, vt in ea decideretur, vbi tandem declaratum fuit sentẽtia diffinitiua dominorum lata pro d. melioratione in fauorem d. muti iuxta hoc consilium.

S V M M A R I A.

1 *Ad veritatem copulæ requiritur concursus vtriusq; copulati.*
2 *Voluntas testatoris primum locum obtinet, & est seruanda.*
3 *Voluntas testatoris facit formam, & conditionem.*
4 *Habens vnam ex duabus qualitatibus requisitis per testatorem in patrono non admittitur ad ius patronatus.*
5 *Præsentatio facta per patronum non habentem qualitatem requisitam à testatore est inualida.*
6 *Fundans se in aliqua dispositione qualificata ante omnia probare debet omnes qualitates requisitas.*
7 *Testator instituens in genere pauperes indistinctè, vel eis aliquid legans, si in ciuitate, vel oppido sunt plura hospitalia pauperum, pauperiori debetur, quod si de eo dubitetur episcopus declarat interloquendo super paupertate.*
8 *Relictum pro dote mulieri pauperi est legatum pium; & an idem sit si relinquatur coniunctæ mulieri?*
9 *Primò nominatus censetur magis dilectus.*
10 *Ordo scripturæ designat ordinem voluntatis, & processus.*
11 *In legato relicto consanguineæ pauperi, proximior pauper præfertur pauperiori, secus e contra si prius meminit paupertatis quam consanguinitatis.*
13 *Mulier consequitur sibi relictum sub conditione nuptiarum si religionem ingrediatur.*
14 *Relictum pro virginibus maritandis & sic incertis personis, non consequitur illa, quæ monasterium ingreditur.*
15 *Dispositio tex. in auth. de sanctissim. episc. §. sed & hoc præsenti. exorbitans est ac proinde non extendenda vltra casus, & conditiones, quæ traduntur in eodem textu.*

CONSILIVM XXVI.



DVo copulatiuè requirit testator in hoc legato pro virginibus pauperibus consanguineis maritandis à se facto, quæ quidem necessario debent concurrere in persona nominanda à testamentarijs. Primum quòd puella siue virgo sit pauper. Secundum quòd sit consanguinea testatoris.

statoris. Et quòd in hoc præcisè seruanda sit voluntas testatoris, quandoquidem expressa est, apertum est in iure.

1 Tú † quia ad veritatem copulæ requiritur concursus vtriusque copulati, vt in l. si hæredi plures, ff. de cond. inst. tradit Bart. in l. 1. num. 2. ff. de Iustitia & iure, & ibi Ias. nu. 2. Fel. in c. 2. verb. copula, de rescrip. Bart. & Doct. in l. si is qui ducenta, §. vtrum, ff. de reb. Alex. cons. 110. vol. 3. & ibi Addi-
2 tio. Tum, † quia voluntas testatoris primű locum obtinet, & est probanda, vt in l. in conditionibus primum locum, in prin. ff. de cond. & demonst. in auth. de nupt. §. disponat, collatione 4. l. si fratres. §. idem respődit, ff. pro soc. l. 1. C. de sacros. eccles. & in cap. vltima voluntas. 13. q. 2.

3 Item † voluntas testatoris facit formã, & conditionem Bal. in c. cum in veteri, in prin. 1. col. de elect. Tiraquel. in l. si vnquam verb. libertis, num.
4 52. C. de reuocand. donatio. Præterea, † quando testator duas qualitates requirit in patrono, vt puta, quòd sit ex institutis hæredibus descendens, & hæres, qui tantum vnam qualitatem habuerit non admittetur ad ius patronatus, secundű Parisium cons. 48. nu. 9. 18. & 19. vol. 4. Ergo ita & eodem modo dicendum est in nostro casu, cum testator requirat duas qualitates suprà dictas in virgine maritanda, vt hoc adiutorio gaudere debeat.

5 Et † præsentatio facta per patronű aliter, nempe de non habente qualitatem requisitam à testatore est inualida, vt cum Cardin. consi. 48. incipit. quidam nobiles duo aut plures, & cum alijs resoluit Didacus Perez in l. 1. tit. 6. li. 1. ordin. col. 247. ver. ex quibus infero. Ergo licet exequutores testamenti nominauerint quandam filiam Ildefonsi, sua nominatio est nulla, quandoquidem est aliter facta, quam testator requisiuit, vt infra latius dicetur.

Hoc sic præhabito, hæ duæ qualitates concurrunt in duabus virginibus nominatis ab vno ex præd. exequutoribus, quia ipsæ probauerunt nimiam extremamque paupertatem, atque consanguinitatem testatoris, seque præterea esse virgines honestas, & bonæ famæ. Cum ergo eis conueniant verba fundationis, habere debet locum, & conuenit eis ipsius dispositio, vt in l. quarta, §. toties, ff. de damno, infect. sicque habent vocationem expressam atque priuatam dispositionem in sui fauorem, & debent preferri ceteris, eam minime habentibus.

Quibus nihil obstat filia d. Ildefonsi exequutoris etiam testamenti, & ab eodem nominata: quoniam quamuis sit consanguinea testatoris, non tamen est pauper, sed diues, vt est probatum ex aduerso, sicque deficit & non concurrit in ea requisitum primű, & principale paupertatis: ac per cősequens non habet locű in ea præd. dispositio argumento eorum quæ dicta sunt supra contrario sensu, vt probat bene d. §. toties & tradit Hippolyt.
6 singul. 339. & 582. Vbi † quòd cui nő conueniunt verba statuti, vel edicti, non conuenit dispositio: quia qui se fundat, & nititur aliqua dispositione qualificata ante omnia probare debet concurrere omnes qualitates requisitas, hoc autem non probato, & maxime si probetur contrarium, prout in proposito cőtingit, non debet obtinere iuxta tradita per Ant Gomez de qualitat. contract. nu. 44. Curt. sen. cons. 73. incip. in super memorata facti narratione, & naratione, & Rol. à Valle cons. 45. num. 9. lib. 1. Mexia in l. regia Toleti, *de los terminos*, in 4. fundamento 2. parte num. 5. & sequentibus & nu. 21. & sequentibus.

Non obstat, quòd filia d. Ildephősi nititur probare se esse pauperem attento numero liberorum quos pater suus habet, & habere potest, item, & facultatibus eiusdem iuxta conditionem sui status. Nam huic obiectioni resp. non esse habendam considerationem futurorum liberorum quandoquidem incertum sit, an ipsi nascentur: facultates præterea parentum suorum esse magnas tam mobilium, & se mouentium, quam immobilium, vt proprij testes affirmant, & quòd ipsa idoneè nubere potest ea dote, quam parentes sibi ipsi constituere possunt. Mens autem testatoris in hoc legato ea fuit precipua, vt quę eo gaudere debeat pauper sit, adeo vt aliàs ex defectu dotis nubere nequeat, sed pars aduersa potest dote sibi competenti in bonis parentum virum suæ conditionis inuenire parem, ergo legatum consequi nő debet: præmaxinè cum probatum existat hanc esse diuitem præ illis, ipsas autem pauperes. Tunc autem aduersaria obtinere posset, cum sola esset: cęteris autem existentibus, quæ notoriæ pauperes sunt, nullo modo. Quia dato, minimè tamen cőcesso, quòd ipsa pauper esset, cæteræ vero pauperiores sunt.

7 Et † quando testator indistincte instituit in genere pauperes hæredes, vel eis aliquid legauit, si in ciuitate vel oppido sunt plura hospitalia pauperum, pauperiori debetur, quod si dubitetur de pauperiori, episcopus declarat interloquendo super paupertate. Ita in terminis Bal. in l. si quis ad declinandam, num. 4. C. de episcopis & cleric. Sed in præsenti satis notorie constat priores virgines pauperiores esse filia d. Ildephonsi, & verba sunt accipienda in potiori, & stricto significatu, igitur illæ præferendæ sunt huic.

Non obstat & tertio quòd filia d. Ildefonsi propinquior sit testatori, quam cęteræ, ideòque videtur ipsam prefeređdam fore illis, præmaxime quod testator reliquerit consanguineis, ex quo videtur etiam si paupertatis meminerit, potius reliquisse coniunctione sanguinis, quam intuitu pietatis iux
8 ta tradita per Decium cons. 140. n. 4. Vbi † quòd licet sit communis opinio, quod relictum pro dote mulieri pauperi sit legatum pium, hoc tamen fallit quando relinquitur coniunctæ mulieri quia tunc attenditur potius ratio naturalis sanguinis; quia pluribus modis respondeo, quibus ostendam nihil obstare hanc Decij consideratonem. Primò, quòd hæc Decij opinio a multis improbatur & cőtrarium verius est, vt expressè alios contrarium tenentes referens) aduertit additio Mod. Paris. ibi super Decio litera C. contrarium

etiam

etiam in terminis tenet Alex. conf. 158. nu. 9. vol. 7. consi. & plures relati per Tiraquel. de priuileg. cauf. piæ in præfatione. col. 7.

Secundo respondeo, quod etiam si opinio Decij vera esset, (quod tamen diffiteor) adhuc nō obstaret, quia loquitur, & procedit in dubio, quando non constaret an esset relictum causa pietatis nec ne, vt constat ex ipso Decio, ibi, præcipue, nu. 2. & nu. 4. vbi expresse loquitur in dubio, & inquit secus esse si exprimatur causa pietatis relinqui. Sed in proposito illud cessat, quia nō sumus in dubio: imo testator prius expressit qualitatem paupertatis dum dixit, *donzellas pobres*, quam consanguinitatis vt constat ex litera: vnde ab ordine literæ iam clare patet potiùs dilexisse paupertatem, quę est causa pia, quam consanguinitatem.

9 Quia † primo nominatus censetur magis dilectus, vt in l. quoties duobus, ff. de vsufruct. titulo general.

10 Vbi † etiam quòd ordo scripturæ designat ordinem voluntatis & processus de quo late Fel. in c. dilecta verb. ordo scripturæ nu. 4. & sequentib. de rescripr. Soc. consi. 9. nu. 15. & 16. lib. 1. Vnde,
11 † sicut si prius nominasset cōsanguineam, quam pauperem, præferēda esset proximior pauper pauperiori remotiori, vt cum Cæsare Lambert. resoluit Frater Anton. de Cordoua in suo tractatu de casos de consciencia, q. 72. eadem ratione dicendum est contrarium, quando prius fecit mentionem paupertatis quam consanguinitatis. Accedit præterea, quòd præd. testator pro exoneratione propriæ conscientiæ fecerit d. legatum: ergo pauperioribus consanguineis debetur, quoniam non prætulis proximiores remotioribus, sed tantum inuitauit virgines pauperes consanguineas: Sed hæ sunt consanguineæ & pauperiores imo in maxima paupertate constitutæ, illa verò non ita pauper est, immo habet dotem, quam sibi parentes ex bonis proprijs assignare tradereque possunt, & tenetur saltem pater; igitur pauperioribus debetur legatum hoc.

Tertio respondeo, quòd præfata opinio Decij non dicit, nec habet, quòd relicto legato pro virgine paupere consanguinea maritanda præferatur propinquior pauperiori: igitur contra nos non potest allegari. Quia licet vera esset opinio Decij in terminis, in quibus loquitur, dato, quòd legatum non esset pium, (quod nemo sanæ mentis audebit dicere, vel saltem affirmare,
12 Præcipuè † cum testator fuisset clericus presbyter, quia in dubio præsumendum est consuluisse animæ suæ & relinquere bona pauperibus intuitu pietatis, quorum sunt bona clericorum) concurrente in primis in virginibus paupertate vera & stricta, & consanguinitate cum testatore, præferendæ sunt filiæ d. Ildefonsi, quæ tantum vnam habet qualitatem, scilicet, sanguinis. Præterea in prædictis concurrit etiam alia satis considerabilis, scilicet, quòd sunt orphanæ, & ita excedunt qualitatibus partem aduersam, maximè cum excessus propinquitatis aduersæ partis sit minimus, paupertatis autem & necessitatis maximus in nostris virginibus: quibus extantibus satis in nostrum fauorem concludit & resoluit Anton. de Cordub. vbi supra, quicquid in contrarium vulgari motus fundamento tendat Pet. Peralta in l. vnum ex familia, §. si de familia numero 13. ff. de legat. secundo. Quatenus verò attinet ad aliam virginem consanguineam etiam testatoris, quæ monialis effecta est, huius lucri siue legati spe confisa insuper, & cum nominatione exequutoris testamenti, vt hoc legato gauderet pro ingressu religionis, clarum est in iure non debere id consequi.
13 Quoniā † licet verum sit, quòd relictum sub conditione nuptiarum alicui mulieri, consequatur mulier illa si religionem ingrediatur iuxta text. cum materia in authen. de sanctiss. episcopis, §. sed & hoc præsenti, collat. 9. & per Doctores in cap. in præsentia, de probat. & text. & Doctores in auth nisi rogati, C. ad Trebell. & alibi, hoc tamen procedit quando relinquitur personæ certæ, quia tunc cum alio modo impleri non possit voluntas testatoris, religiosa consequitur relictum. At verò quando relinquitur legatum pro virginibus maritandis, & sic incertis personis, sicut in nostro casu relictum fuit, cum possit impleri voluntas testatoris in specifica forma in alijs virginibus, quæ maritos carnales recipiant, prout sensit & voluit testator, non consequetur relictum illa, quæ monasterium ingreditur. Ita in terminis nostris tenet Bal. in d. auth. nisi rogati, num. 11. C. ad Treb. asserens, quòd exequutores deputati ad virgines maritandas non possunt dare hanc quantitatem virgini intranti monasterium, quia non habent in mandatis; & quia maritare pauperes virgines est pia causa, quæ non potest excludi per alium pium vsum vt ibi, & in clementina quia contingit, de religios. domib. Eiusdem opinio. fuisse videtur idem Bald. in l. 1. nu. 58. C. de his, quæ pœnę nomi.

14 Dicens, † quòd relictum pro virginibus maritandis non potest conuerti in alios pios vsus, quia legitima voluntas non pertinet ad arbitrium alicuius; & quòd ita fuit consultum per collegium Bononiense tam decretistarum, quam legistarū. eandem opinio. refert & sequitur Bertachi. in suo repert. verb. legatum pium versic. 25. Baldus Nouellus de dote. 6. par. princip. priuileg. 77. num. 2. folio mihi 28. col. 3. & Gaspar Baeça de non melior. ratione dot. filiabus, cap. 14. num. 9. Palatius Rub. in reper. cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. super verb. dictus Rodericus, §. 12. incip. tertio propter necessitatem, num. 6. fol. mihi 204. Didac. Perez in l. 1. tit. 2. col. 72. libro 5. ordinam.
15 Barbar. cons. 23. col. 2. & 3. lib. 1. Præterea † dispositio d. §. sed & hoc præsenti, exorbitans est ac proinde minimè extendenda est vltra casus, & conditiones, quæ traduntur in eodem text. vt aliqui ex supra dictis doctoribus affirmant, præsertim Bal. de Perusio, atque Bal. Nouell. & prętereà Berolus quæstione familiar. 34. nu. 6. & 7. decis. Pedemon. 126. num. 12.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Iure regio attento standum est instrumento publico, confecto a tabellione bonæ famæ ipsum instrumentum agnoscente, etiam si testes instrumentarij, rem aliter se habere deponant.*

2 *Pactum de retrouendendo conceptum verbis obliquis, vt reddendi, restituendi, vel similibus, est personale, & non sequitur tertium rei possessorem, secus si verbis directis concipiatur, vt puta quod res sit inempta vt in pacto legis commissariæ, vel adiectionis in diē.*

CONSILIVM XXVII.



Viso processu actionis directæ contra tertium domus possessorem super pignoratitia actione directa, eius sum voti, vt reus necessariò absoluendus sit à petitione actoris, cum impositione perpetui silentij ipsi actori facienda, quia instrumenta in iudicio producta expressam venditionem d. domus cō tinent, quam d. actor fecit in fauorem cuiusdam Ildefonsi, à quo causam habuit dictus reus. Duo autem testes ab actore producti ad probandum pignus, & sic aliter se rem habere, quam instrumentis contineatur sunt singulares in facto: vnus etenim deponit de pignore, alius verò de pacto de retrouendendo intra quatuor vel quinque menses. Et quamuis primus testis deponens de pignore in sui dicti ratione videatur concludere in pacto de retrouendendo, & sic secundo testi consonare, differunt tamen in tempore ipsius pacti vitæ: quia primus dicit, quandocunque, secundus verò, intra quatuor vel quinque menses. Maxime, quia si rectè inspiciantur verba vltima primi testis magis videtur deponere de auditu quam de visu: quo fit, vt minime contestes sint, & standum sit omnino instrumentis productis, quibus continetur venditio d. domus, non vero pignoratio. Præmaxime
1 †cum attento iure regio standum sit instrumento publico, quando confectum est à tabellione publico bonæ famæ, & ipsum instrumentum agnoscente etiam si testes instrumentarij rem aliter se habere deponant, vt in l. 115. & ibi Gregor. Lopez tit. 18. part. 3. de quo late per D. Couarr. lib. 2. resol. cap. 13. nu. 11. & 12. vbi alias leges regias allegat, & procedit per conclusiones. Et in præsenti testes instrumentarij non sunt contrarij instrumento, & tabellio qui illud confecit est bonæ famæ & agnoscit instrumentū ipsum coram se fuisse à partibus celebratum, sicque absque dubio in proposito standum est præd. instrumento venditionis, & absoluendus reus.

Secundo, quia & si testes actoris contestes, & sufficientes essent circa quatuor vel quinque menses pacti de retrouendendo, quod diffiteor, adhuc non haberet locum ipsius intentio, quoniam plures anni iam sunt elapsi post dictos quinque menses, nec vnquam fuit petita d. domus nisi nunc, nec tempus absentiæ d. actoris sibi prodest, propter lōgum tempus præsentiæ posteà elapsum, vt ex ipsius probationibus patet.

Tertiò & præcipue, quia licet essemus intra ter-
2 minum d. pacti †de retrouendendo, adhuc contra d. tertium domus possessorem non haberet locum actio ex eo, cum sit personalis, & nō sequitur rem sed personam ad interesse: præcipue quando pactum concipitur verbis obliquis reddendi vel restituendi, vel similibus, sicut præd. testes fateri videntur, non verò directis, vt putà, q; res sit inempta. vt in pacto legis commissoriæ, vel adiectionis in diem, vt tradunt Doctores præcipuè Ias. in l. ab emptione, num. 8. ff. de pact. & ibi nouissimè Ioan. Oroscius, nu. 55. & sequentib. Rodericus Suarez in l. post rem iudicatam in declaratione, l. regiæ in prima limitatione, num. 9. & 10. fol. 291 & sequent. ff. de re iudic. differit latè Boer. decis. 182. num. 16. & sequentibus & optime Tiraq. de retractu conuentio. §. 1. glo. 7. num. 6. & sequentib. fol. mihi 295. Anton. Gomez secundo tom. c. 2. de emptione & vendit. num. 29. l. regia 45. ad fi. tit. 5. partita 5. & ibi expresse Gregor. Lopez in glo. fi.

Non obstat asserere, quòd in hoc pacto de retrouendendo interuenit modicitas pretij, quia pactum hoc si illud interuenit, non fuit celebratum cum reo, neque ipse reus læsit actorem in pretio.

Quia actor vendidit dictam domum (quam minoris emerat) d. Ildefonso, Ildefonsus autem eam posteà vendidit cuidam Petro, a quo emit d. reus maiori pretio, quam eam vendiderat d. actor Ildefonso præfato: quo fit vt nullum ius subueniat dict. actori aduersus eum. Hæc lis posteà fuit decisa iudiciali sententia in fauorem dict. rei & pronuntiatum fuit iuxta petita ab eo.

SVMMARIA.

1 *Res immobilis præscribitur spatio decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes cum titulo, & bona fide.*

2 *Tempus possessionis antecessoris prodest successoribus.*

3 *Fundans se in aliqua qualitate requisita pro forma, vel substantia alicuius actus, vel dispositionis, siue agendo, siue defendēdo, necessario, & formaliter debet eam probare.*

4 *Quando negatiua est causa intentionis alicuius, siue agentis, siue excipientis probanda est ab eo.*

5 *Monachus vel monialis per ingressum religionis amittit patriam potestatem, atque in Abbatis & monasterij illius ditionem transit.*

6 *Iudex cum causæ cognitione legitimæ vel necessariæ cogit maritum licentiam præstare vxori ad omne illud, quòd ipsa facere non posset absque licentia viri, quòd si maritus renuat, iudex concedit & hoc attenta l. Regia Tauri; secus autem erat de iure communi, præterquam in paraphernalibus vt in numero 7.*

8 *Impedito agere bene currit præscriptio, quando ipse potuit remouere impedimentum, & fuit negligens in remouendo.*

9 *Interruptio ciuilis non prodest alijs personis, quam interrumpenti.*

Emens

10 *Emens à procuratore alterius non præscribit non constito de mandato, vel si sibi non est dictum à fid e dignis personis, illum procuratorem habere mãdatum.*

11 *Emens à persona fide digna, & valdo notabili vendente nomine alterius & tanquam eius procuratore, habet iustam causam ei credendi sufficientemque credulitatem ad præscribendum.*

12 *Bono viro credendum est.*

13 *Mandatum non præsumi per cursum longissimi temporis, quomodo procedat, & intelligatur.*

CONSILIVM XXVIII.



ISIS iuribus vtriusque partis tam dominarum Francis. & Ioannæ actriciũ, quam domini Didaci & consortium reorum super quadam parte fundi quam petunt eædem actrices à præd. reis attenta possessione quinquaginta duorum annorum reorum eiusdem integri fundi cũ titulo & bona fide, iustitiam eorum in præscriptione tantum fundabo, omissis alijs pluribus pro ipsis facientibus, quæ constant ex processu, & sunt notoria.

1 Primo, † quia prehabita dicta legitima possessione, & præscriptione longissimi temporis cum titulo, & bona fide quinquaginta duorum annorum, quatenus attinet ad dictum D. Francisc. de Sylua, iustitia reorum manifesta est: quia iuxta ius commune, & leges Regias res immobilis præscribitur spatio decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes cum titulo & bona fide, vt in toto titulo C. de præscriptiõ. longi temporis decem & vigint. annor. & in l. 18. tit. 29. parti. 3. cum alijs similibus.

2 Et † tempus possessionis eiusdem rei immobilis antecessorum prodest successoribus, vt in l. id tempus in principio, & in l. possessio testatoris, ff. de vsucapio. & in l. 16. tit. 29. partita 3. sicque legitime completa est præscriptio in hoc casu, & supersunt alij triginta, & duo anni. Quo fit, vt dicta D. Francisc. remaneat exclusa, cum sit persona priuata, non autem religiosa vt constat ex instrumento compromissi in processu producto, vbi ipsa fatetur se esse nupturam, nec cõtrarium allegatur, nec probatur. Excluditur etiam eadem Francisca, eo quòd sit heres sui patris, vt constat ex d. compromisso & sententia arbitraria, vt in l. cum à matre cum materia, C. de rei vendic. & in l. 24. in secũda parte tit. 13. par. 5.

Respectu autem d. dominæ Ioannæ sororis d. Francis. idem petentis, rei quoque absoluendi sunt ob dictam legitimam præscriptionem cum titulo, & bona fide per iura supra allegata. Nec obstat si dicatur pro parte d. dominæ Ioannæ & monasterij, vbi degit, quòd sit monialis & quòd contra ecclesiam, & monasterium non præscribitur minori tempore quadraginta annorum cum titulo, & bona fide, & quòd d. quadraginta anni non sunt completi à tempore quo ipsa religionem ingressa est, vel professionem emisit: imo quòd non incepit currere præscriptio nisi à morte patris, que successit anno 37. quia in vita patris ipsa fuit legitime impedita quominus peteret d. partem fundi, & vsque ad tempus libelli, qui fuit propositus in iudicio anno 64. nondum elapsi fuerint triginta anni, sicque præscriptio non est completa. Nam huic obiectioni primo respondeo, nihil horum esse allegatum, nec replicatum pro parte d. monasterij nec d. dominæ Ioannæ, vt constat ex processu, quo fit, vt agi de eo minimè possit, vt in l. si adulterium cũ incestu, in §. idem Pollioni. ff. de adult. ibi, vtique si error allegetur. Nam si hoc in iudicio deduceretur, rei satisfacerent atque contrariũ probarent. Vnde cum deficiat super hoc litis contestatio, & causæ cognitio, agi de eo non debet, vt per totum tit. ff. vt lite non contest. &c. in volumine decretal.

Secundo, quia etiam si pro parte d. Ioannæ & ipsius monasterij supra dicta fuissent allegata, adhuc reis non præiudicarent, quia non probatur emisisse professionem d. dominam Ioannam in d. monasterio vt gaudere posset præscriptione quadragenaria ecclesijs concessa, vt tenebatur probare cum esset fundamentum suæ intentionis, vt in l. actor, quod asseuerat. C. de probat. & in l. 1. tit. 14. par. 3. cum alijs iuribus vulgar. Nec obstat si replicetur, quod in mandati instrumento à præd. monasterio celebrato ad hanc litem mouendam asseritur & constat D. Ioannam esse Abbatissam d. monasterij, ex quo necessario consequitur illam esse monialem professam: nam aliàs non esset prælata d. monasterij. Quoniam licet hoc ita sit, non tamen constat de d. professione, ante celebrationem d. instrumenti, quod fuit datum præd. anno 1564. quo tempore, iam possessio reorũ erat longissima, & præscriptio completa vt supra dictũ est.

Cum ergo dicti rei excludant actionem contra se propositam exceptione legitimæ præscriptionis à se probata, debebat monasteriũ replicasse, articulasse, & probasse, id tempus ingressus religionis d. monialis, quo constaret aduersus monasterium non esse completam d. præscriptionem, vt sic exceptionem reorum perimerent.

3 Quia † quando tẽpus vel locus, vel aliqua alia qualitas requiritur à iure pro forma, & substantia alicuius actus, vel dispositionis, & quis fundat in ea intentionem suam agendo, vel defendendo, necessariò, & formaliter debet probari per eum, vt est text. expressus in l. non solum. §. sed vt probari. ff. de oper. noui nunt. & ibi notant Bart. & communiter Doctores inferẽtes ex hoc ad plures quæstiones in practica.

4 Quod † adeo verũ est, vt licet negatiua de iure sit improbabilis regulariter vt in d. l. actor, quod asseuerat. C. de probat. id tamen fallit quando negatiua est causa intentionis alicuius siue agentis siue excipientis: nam tunc ei, qui negat incumbit onus probandi. Ita tenet Bar. in l. si per alium. §. docere, nu. 2. ff. ne quis eum, qui in ius voc. est, vel exim. vbi eum sequuntur Paulus de Cast. num. 5. & Io. Oros. num. 2. Ias. in §. præcedenti eiusdem l. nu. 1. & tenet idem Barto. per tex. illum in l. in illa

stipula-

stipulatione, nu. 5. vbi Ias. & cæteri Doctores eum sequuntur, ff. de verb. oblig. sequitur etiam alios allegans Matthæus de Afflict. decis. Neapoli. 377. estque communis & recepta opinio.

Cum igitur Monasterium nec allegauerit nec replicauerit, id quod tenebatur allegare, & probare necessariò ad vincendos reos, nempe, quod supra est dictum, consequens est, vt rei sint absolnendi, actori autem perpetuum silentium imponendũ.

Præterea, quòd monasterium tenecetur probare quod suprà dictum est, allego optimum tex. in argumentum, in c. illud, de præscrip. Vbi postquã tex. in sui princ. dixerat, quòd aduersus Ecclesias non admittitur minor præscriptio 40. annorum, dicit posteà in vers. verum, quòd si de præscriptione, & interruptione ipsius fuerit inter partes mota quęstio ab vtraque parte testes recipi debent, & si probata fuerit interruptio, præscriptio non tenebit. Ecce ergo text. expressum, qui loquitur in pręscriptione 40. annorum probata à reo aduersus Ecclesiã. Et ad hoc vt pręd. præscriptio excludatur requirit text. vt actor probet interruptionem ipsius. Et ita demum inquit tex. præscriptionem nõ tenere si probata fuerit interruptio. Ergo, si non probetur interruptio, iudicandum est pro præscriptione: sicut in proposito contingit: quia rei probauerunt possessionem integri fundi cum titulo, & bona fide 45. annorum, & sic maioris temporis, quam requireretur ad præscribendum aduersus Ecclesiam, actorque nempe monasterium, minimè probauit interruptionem, vt supradictum est: ergo contra ipsum iudicandum vt in d. c. illud, & ibi notant Doct.

Vlterius ad idem est optimus text. in cap. auditis de præscript. Vbi præsupposito, quòd quamdiu vacat sedes pastoralis non currit præscriptio contra ecclesiam, vt in cap. de quarta, eodem titulo de pręscription. casus in d. c. auditis ita potest figurari. Quidam episcopus Vigorensis asserebat quasdam Ecclesias collocatas, & sitas in valle de Heuescam ad se pertinere lege diœcesana (hoc est) tanquam suę diœcesis. Abbas vero de Heuescam reus conuentus dicebat ad se pertinere præd. ecclesias, & exemptas esse a iurisdictione episcopi virtute priuilegij quorundam regum, & quia eas pręscripserat Abbas legitime aduersus dignitatem episcopalem. Dubitatur cui nam essent ad iudicandę d. ecclesiæ super quibus litigabatur, episcopo, vel Abbati? Respondet summus Pontifex in d. c. auditis, quòd siquidem per pręd. priuilegium constiterit, quod Abbas allegauit, absoluatur Abbas à petitione epi, & epo super illis silẽtium imponatur. Si vero priuilegium supradictum non appareat, & sic Abbas in hac probatione priuilegij defecerit, probauerit tamen legitimam præscriptionem (nunc ad rẽ) tunc inquit tex. quod audiantur probationes super tempore, quo intra quadraginta annos sedes episcopalis vacauerit, & si per tantum tempus nõ vacasse constiterit, vt illius tractu sit quadragenaria completa præscriptio, adiudicetur ius episcopale in prædictis Ecclesijs episcopo, & silentium imponatur Abbati. Quæ probatio incumbit episcopo, quia postea dicit textus, quòd si episcopus non probauerit pręd. exceptionem imponatur silentium episcopo super his, quæ Abbas præscripsisse probatur, quorum præscriptio non fuit interrupta per episcopum. Et hoc est quod tex. ille longus licet cõtinet. Ergò cum probata ibi legitima præscriptione aduersus episcopum actorem, per Abbatem reum ad excludendam illam legitimam præscriptionem actor teneatur probare tempus, quo subducto nõ sit completa quadragenaria præscriptio, alias iudicatur pro præscriptione & sic in fauorem rei: eodem modo dicendum est in proposito, quòd probata d. legitima præscriptione per reos cum actor, & sic monasterium minime probauerit tẽpus ingressus religionis præd. monialis, quòd sufficiat ad perimendam d. præscriptionem, scilicet, vt constet non esse completam aduersus monasterium, consequens est, vt ipsi perpetuum silentium imponendum sit, absolutis, & liberatis in totum reis.

Non obstat, quòd præd. Domina Ioanna in vita patris fuit impedita quominus peteret, & quòd pater ipsius mortuus fuit anno Domini 1537. Quia respondeo debere probari tempus d. ingressus religionis, vt supradictum est, idque, post mortem patris fuisse, alias enim cum aduersus monasterium sit præscriptum pro ipsis reis iudicandũ est, vt in dictis iuribus.

5 Monachus † enim siue monialis per ingressum religionis amittit patriam potestatem, atque in Abbatis, & monasterij illius ditionem transit glo. in l. si ex causa, §. Pomponius verb. cum statũ mutat, ff. de minorib. quam dicit communem Ias. in l. 2. in princip. nu. 22. ff. de vulga. & pupill. subst. Boerius decis. 121. in l. 2. in fine & Ant. Gomez in l. 6. Tau. nu. 11. in fine, communem quoque testatur Illustrissimus Ant. de Padilla, in l. transigere, nu. 39. C. de transact. nu. 11. & sic potuit monasterium agere & non fuit impedita filia.

Secundò etiam possumus dicere, quòd præscriptio supra dicta incepit currere in vita matris D. Ioannæ statim, quòd venditio fuit celebrata per ipsius patrem Dominũ Franciscũ de Monroy antecessori reorum, quia licet fuisset d. fundus ex bonis dotalibus matris d. Dominæ Ioannæ & constante matrimonio non currat vxori præscriptio, vt in l. in rebus, C. de iure dot. cum sim. quia vxor est impedita agere, potest tamen attentari, quòd hodie hoc non procedat attenta l. 57. Tauri, qua habetur, quòd Iudex cum causæ cognitione legi-
6 timæ † vel necessariæ cogat maritum, vt licentiam præstet vxori ad omne illud quod ipsa facere non posset absque licẽtia sui viri, quòd si maritus coactus renuat, iudex ipse possit eam vxori concedere.

Quoniam iuxta hanc l. videtur quòd vxor durante matrimonio non possit dici esse impedita quo minus in iudicio possit petere, quod sua interest veluti dotem alienatam; cum ad instantiam ipsius iudex cogere debeat maritum, vt sibi licentiam pręstet ad hoc: ipso autem negante vel distrente,

rente, Iudex tanquam bonus vir eã præstabit, quod secus erat de iure communi ante l. illam Tauri, præter quam respectu paraphernalium, vt constat ex traditis per D Couar. lib. 1. Var. resolut. c. 8. num. 8. & Roderic. Suar. in l. 13. tit. 20. lib. 3. for. 3. q. fol. 56. & 57. & hac ratione de iure communi non currebat præscriptio vxori respectu bonorum dotalium alienatorum durante matrimonio. Cũ igitur hoc cessare videatur attenta d. l. regia incipit currere præscriptio in proposito à die venditionis, quæ celebrata fuit olim; quinquaginta & duo iam sunt anni, quandoquidem adfuit titulus, & bona fides.

8 Quod † etiã alia consideratione probatur: quia regula tex. in d. l. in rebus, cum similib. quæ habet, quòd impedito agere non currit præscriptio, limitatur præterquam si impeditus potuit remouere illud impedimentum, & fuit negligens in remouendo: quia hoc casu bene currit præscriptio, vt latè tradit Franciscus Balb. in tractatu prescrip. 6. parte princip. in princip. num. 23. vol. 8 tract. diuers. doct. fol. 64. sed mulier hodie potest hoc impedimentum remouere petendo à iudice, quod d. l. regia dicit, igitur, &c.

9 Nec † contra dict. reos obstat interruptio dominæ Mariæ sororis actrictum, ex libello aduersus patrem ipsorum in iudicio porrecto super parte d. fundi, litisq; contestatione in super sequuta. Nam huic obiectioni respondetur, quòd interruptio hæc ciuilis non prodest alijs personis, quam interrumpenti, vt in l. intra in principio, ff. de diuers. & temporalib. præscript. per quem tex. ita tenet glo. expressa in l. cum notissimi, §. imò & illud verb. innouata ibi, & hæc ciuilis prodest tantum interrumpenti, & non alij, C. de præscript. 30. vel 40. annorum, quam glossam, vt alios omittam testatur communiter approbatam Balbus in tracta. præscript. in 4. p. 3. p. 6. partis princip. 3. q. nu. 46. vol. 8. fol. 71. & Illustrissimus Ant. de Padill. in l. 2. num. 83. C. de seruit. & aq. vbi alios allegant. Nec interruptio nocet in alijs rebus præscriptis etiam respectu earundem personarum, quam in illis in quibus interruptio facta est, vt in d. c. andiris in fine, de præscript.

Vltimo non oberit si allegetur, quòd in instrumento venditionis d. fundi, quam fecit olim quidam Vaseus Fez. de Sylua in fauorem d. Domini Francisci de Monroy asseritur, se vendere suo &

10 & vxoris nomine, quo † videtur d. Domin. Franciscum habuisse malam fidem respectu eius partis, quæ constiterit fuisse vxoris venditoris, sicque minime potuisse vllo tempore præscribere, quia non habuit vsucapiendi conditionem iuxta not. per Bart. in l. qui fundum, §. fi. ff. pro empt. & in l. eum vir in fine, ff. de vsucap. vbi tenet, quòd emẽs à procuratore alterius non prescribit non constito de mãdato, vel si sibi non est dictum à fide dignis personis illum procuratorem habere mandatum. Quoniam contrarium tenent Angel. & Imol. in d. l. eum vir ad fi. vbi quod qui contrahit cum illo, qui se procuratorem alterius esse affirmat, habet iustum errorem, & sic videtur esse in bona fide, & per consequens habere vsucapiendi conditioné, iuxta l. Celsus, ff. de vsucap. Et inquit Imola, quòd satis videtur sufisse de mente Bart. si ponderetur. Cum qua opinione transit Balb. in tractatu præscript. in secunda parte tertiæ partis princip. 1. quæst. num. 5. fol. 23. vol. 8. tract. diuers. doctor. quem & alios plures referens eandem opin. sequitur, & probat Nicol. Boer. decis. 281. nu. 16. & 17. per text. optimum in l. si filius, C. de pet. hæred. maximè in præscriptione longissimi temporis 30. annorum, vt constat ex Boerio, vbi supra.

11 Quod † præcipuè procedit quando vendens nomine alterius tanquam eius procurator est persona fide digna, & valde notabilis: quia tunc erit iusta causa ei credẽdi, iustusque inducitur error atque credulitas sufficiens ad præscribendum, vt in

12 d. l. Celsus. Quia † bono viro credendum est iuxta glo in l. Titio fundus, verb. actiones, ibi, & erat homo, cui videbatur credendum, ff. de condit. & demonstra. quam dicit menti tenendam Bart. ibi, eamque commendant & sequuntur plures in diuersis locis. E quibus tantum referam Marant. qui in repet l. is potest, num. 323 ff. de acquir. hæred. plures allegans, qui eam sequuntur, inquit per eam, quod dictum hominis notabilis præbet iustam causam credulitatis, sicut fama publica & cõmunis opinio. & Illustrissimus Anton. de Padilla, qui plurimos eam sequentes refert in l. error, nu. 49. C. de iur. & fact. ignoran. præbet igitur causam præscribendi dictum personæ notabilis, vt in d. l. Celsus; & per Bart. vbi supra. Sed venditor de quo in nostro casu fuit persona nobilis, & principalis, valdeque fide digna, vt est notorium, & constat ex processu, ergo credendum fuit, & est nunc habuisse mandatum ad vendendum nomine vxoris, dato, sed non concesso, quòd ipsa haberet partem in d. fundo, & per consequens fuit iustus error, & credulitas ad præstandam vsu capiendi conditionem.

Maximè quòd Felin. in cap. sicut, num. 31. ad fi. de re iudic. ita expresse tenet, & intelligit doctrinam Bart. vbi suprà. Quòd si asserens se procuratorem, vel alius mediator est persona valde fide digna, vt in proposito est, emens non dicitur habere malam fidem. Et inquit expressius Bald. in l. indicia, num. 5. C. de rei vendic. quod dictum notabilis viri adeo inducit iustam credulitatem, quòd ex eo causatur iustus titulus sufficiens ad præscriptionem maximè interueniente fama: quẽ refert & sequitur Ias. in l. 1. num. 18. ff. de eo per quem fact. erit.

13 Non † obstat dictũ Baldi in l. 2. C. si ex fals. instrument. & sequacium: dum dicunt, mandatum non præsumi, nec probari per cursum longissimi temporis, quia hoc posset habere locum, quando simpliciter allegatur mandatum, quod nulla ratione iustificatur: secus vero quando instrumentum narrat, & dicit habere mandatum, quia tunc licet talia verba de per se non probent, coadiuuant tamen ex antiquitate temporis per quam potest

test facilius coadiuuari & suppleri, vel etiam ex aliquibus indicijs. Præsettim quoad inducendã bonam fidem illius qui aequisiuit rem ab aliquo tanquam procuratore, vt possit dictam rem præscribere, sufficit quòd ex coniecturis probaretur illum habuisse iustam causam putandi illum esse procuratorem: quia tũc titulus, & bona fides causata à iusto errore sufficeret ad præscribendum ipsam rem, per tex. in d. l. fi. ff. pro empt. vt alios allegans tradit Boerius, vbi supra, num. 17. quæ coniecturę adsunt quando vendens tanquam procurator erat persona valde fide digna, vt supra dictũ est. Datum Placentiæ die secundo mensis Aprilis anno 1570. Hæc lis fuit postea decisa in regali cancellaria Granatensi in fauorem dictorum reorum, quia fuerunt absoluti, & liberati a petitione dictorum monialium eisque perpetuum fuit impositum silentium super supradictis.

SVMMARIA.

1 *Sententia lata contra reum principalem transacta in rem iudicatam exequi debet contra ipsius fideiussorem de iudicato soluendo sine nouo processu, quod si aliquas exceptiones habet fideiussor in eadem exequutione examinabuntur.*

2 *Appellatio fideiussoris de iudicato soluendo a sententia lata contra principalem reum transacta in rem iudicatam non impedit exequutionem ipsius petitã.*

3 *Præceptum de soluendo intra certum terminum præcedere debet ante executionem, quoties in ipsa obligatione vel fideiussione terminus certus ad soluendũ non est appositus.*

4 *Exequutio instrumenti guarentigij non habentis diem certum, peti non potest antequam petatur debitum, & transeant aliqui dies, quib. debitor soluere possit.*

5 *Idem est si instrumentum habeat diem: adest tamen conditio, vt debitor certificari debeat per actorem ante diem.*

6 *Appellatio non habet locum a mãdato de exequendo.*

CONSILIVM XXIX.



Iso hoc processu super exequutione contra fideiussorem de iudicaro soluendo, eius sum voti, quòd † cum dictus reus sit fideiussor de iudicato soluendo decreto iudiciali, sententia lata contra principalem transacta in rem iudicatam debeat exequi contra ipsum fideiussorem sine nouo processu: & si aliquas exceptiones haber fideiussor, eæ examinabuntur in hac eadem exequutione, vt tradit Bart. in l. 1. nu. 2. ver. puto, quòd contra fideiussorem. ff. de iudicat. solui. ex text. quem allegat in l. fi. §. fin. C. de vsur. rei iudic. & ibi glo. Et hæc est communis opinio secund. Pau. de Cast. in l. duobus. §. exceptio. num. 5. ff. de iur. iur. & secund. Ias. in §. ergo si quis. eiusdem l. num. 2. & tenet gl. mag. ad fin. in ca. 1. de iniurijs in 6. sequitur plurimos allegans Boerius decis. 277. nume. 3. est communis, vt latissimè tradit Roder. Suar. in declarat. l. 2. tit. de los emplazamientos lib. 2. for. nu. 5. & sequentibus fo. 389. & sequentibus. est etiam communis vt testatur Auiles c. 10. prætor. in glossa execucion. nu. 41.

2 Non obstat, † quòd fideiussor appellauerit à dicta sententia contra reum principaliter lata, quoniam ipsius appellatio non impedit exequutionem, cum sententia non fuerit lata contra ipsum, sed contra reum principalẽ, & respectu eius transiuit in rem iudicatam: fideiussor autem se astruxit iudicatum solui: ergo cum sit iudicatum & sententia transiuerit in rem iudicatam, nullo modo appellando potuit impedire exequutionem, quia ipse est obligatus virtute decreti iudicialis & guarentigie. Et hæc fideiussio simul cum d. sententia habet paratam exequutionem, vt concludunt bene Doct. vbi supra, præcipue Roderic. Suar. Quoniam si admittenda esset præd. fideiussoris appellatio, & sententia prædicta transacta in rem iudicatam non exequeretur simul cum d. fideiussione, esset procedere via ordinaria, & cũ nouo processu, quod est contra communem opinionem supra dictam: item ipse fideiussor daret alium fideiussorem de iudicato soluendo, & per consequens fideiussore primo condemnato deberet iste secundus conueniri via ordinaria, & posset appellare, & postea alius, & sic res procederet in infinitum, quod est absurdum, vt tradit Roderic. Suarez vbi supra.

Non etiam obest; quòd quando fuit petita d. exequutio virtute d. sententiæ, emanauit præceptum iudicis, quo iussum fuit fideiussori, vt intra certum terminum solueret quantitatem contentam in d. sententia sub pęna exequutionis, ex quo videtur cępta via ordinaria.

3 Quoniam † etsi fideiussor sit obligatur guarentigiè, quia in ipsius fideiussione nõ fuit appositus dies certus solutionis, nportuit præcedere d. præceptum ad constituendum eum in mora, vt in l. si debitori, ff. de iudic. text. vbi Bart. & Doct. in l. si domus. §. in pecunia, ff. de legat. 1. & in terminis exequutionis ita tenet Rode. Suarez in l. post rem iudicatam in 7. notabil. ver. sextus casus. in fine. & idem in 3. notabil eiusdem l nu. 2. pro quo est bona lex 13. tit. 11. par. 5. pręcipiẽs, quòd si debitum est purum, debet assignari terminus solutioni arbitrio iudicis: de quo etiam videndus est Anton. Gomez. 2. tomo. var. C. de qualit. contract. num. 2.

4 Quia † si in instrumẽto guarentigio dies nõ apponitur, non potest virtute eius peti exequutio antequam petatur debitum, & transeant aliqui dies, quibus soluere possit debitor, vt in l. si decem cum petiero, ff. de verb. oblig. Fel. in ca. licet Heli. nu. 2. & 3. de simon. & Greg. Lopez. in l. 8. titu. 14. gl. 2. ad med. partit. 5.

Vbi amplius dicit, quòd licet instrumentum habeat diem certum, si adsit pactum, quòd ante diem debeat fieri certificatio per actorem, non potest exequi tale instrumentum, nisi constet de certificatione.

5 Imo † in expressis terminis fideiussoris de iudi-

cato soluendo inuenio legem expressam meo iudicio in l. 1. ff. iudicat. solu. cuius verba sunt hæc, in stipulatione iudicatum solui, post rem indicatam statim dies cedit: sed exactionis tempus reo principali indultum differtur. Ergo ecce text. expressum quo probatur esse dandum huiusmodi fideiussori terminum principali indultum & transacto illo termino debet fieri exequutio aduersus fideiussorem absque nouo processu iuxta communem opinionem supra dictam.

Vlterius etiam in terminis idem uidetur tenere pro æquitate, & cautela Roderic. Suarez in d. l. fori nume. 15. dicens, quòd iam ipse motus æquitate consuluit, quòd iudex lata sententia contra reum, si producatur coram eo instrumentum publicum, in quo quis fideiusserit iudicatum solui pro dicto reo, quòd dicto fideiussore citato mandet in eum exequi sententiam: & si fideiussor alleget aliquas exceptiones, pendente exequutione summariè examinentur & decidantur. Asseritque Roder. Suarez; quod sic practicauit in duobus negotijs ad se delatis. Ergo rectè fuit prouisum in nostro casu, vt fideiussori intimaretur sententia lata contra principalem, & quòd solueret intra certum terminum.

6 Vlterius † etiam facit, quia à mandato de exequendo nó habet locum appellatio, vt tradit communem opinionem esse plures Doctor. referens Marant. de ordin. iudic. sexta parte princ. capit. de appellat. nume. 149. fol. 612. Et licet Roderic. Suarez teneat contrarium in repet. l. post rem iudicatam in declaratione l. regiæ in versi. quarto vtrum, nu. 2. & 3. ff. de re iudicata, fol. 157. & sequenti, ipse tamen ibi refert plures tenentes contrariū: & ipsius additio testatur contra Roderic. Suarez in hoc esse communem opinionem, & ab ea non esse recedendū in iudicando, ex testimonio Alex. consil. 95. incip. visis processibus lib. 2. in secunda col. Ita fuit posteà pronuntiatum hic Placentiæ: quoniam iussum fuit per iudicem procedi in exequutione vsq; ad vltimam pignorū licitationem, quod vulgo, sententia de remate dicitur, & solui principale debitum actori cum expensis, viso hoc meo consilio.

SVMMARIA.

1 *Aliud pro alio exigi non potest ab inuito creditore.*
2 *Verbum dubiam alicuius dispositionis declarari debet per verbum clarum eiusdem dispositionis.*
3 *Præcedentium hæc est vis virtus, vt declareat sequentia.*
4 *Præcedens clausula est maioris potentiæ ad declarationem sequentium, quàm sequens ad determinationem præcedentiam.*
5 *Dicta in præfationibus censentur repetita in conuentionibus.*
6 *Geminatio locutionis seu multiplicata reiteratio actus importat firmitatem consensus, & diuersitatem iuris ab actu simplici.*
7 *Geminatio verborum sapit præcisam coarctationem, & omnimodam deliberationem.*
8 *Contractus quis fit iudicatur ex mente cōtrahentium, si constat ex ea, non vero ex verbis.*
9 *Petitio, & monitio requiritur necessario antequam exequutio fiat quando promittitur aliquid soluēdum cum ipse creditor petierit.*
10 *Hoc procedit etiam si in obligatione sit apposita dies, & pœna, si tamen inter partes fuit actum vt reus adhuc certificari debeat, per actorem & nume. 11. exemplificatur in instrumentis publicis, & in priuata scriptura recognita.*
12 *Verificatio instrumenti debet fieri, & probari confessione partis aduersæ, vel per testes cum citatione debitoris receptos antequam mandetur exequutioni.*
13 *Qualitas siue virtus exequutionis debet inesse à principio.*
14 *Instrumentum & contractus certæ speciei debet exequi in ipsamet specie, & debitor præcisè est compellendus ad eam tradendam.*

CONSILIVM XXX.



VIso processu exequutionis petitæ pro parte domini Archidiac. de Medellin contra dominum Aluarum exequutionem ipsam annullandam fore ex sequentibus apparebit.

Primo quoniam dictus dominus Aluarus tantū se obligauit ad delegandum debitorem suum ipsi domino Archidiac. ad mensem Martij, ex quo posset debitum suum consequi, non verò ad soluēdum. Cum igitur obligatus sit ad factū non autem ad dandum, minime potuit conueniri, nec exequi pro quantitate prædicta, sed tantum ad delegandum dato ei termino vt in mora constitueretur.

1 Quia † sicut aliud pro alio inuito creditore solui non pōt, vt sunt iura vulgaria, ita ēt aliud pro alio exigi nō pōt ab inuito debitore cū sit validum argumentum à correlatiuis, vt probat text. in l. domini prædiorum C. de agricol. & censit. lib. 11. & tenet Rip. in l. 2. §. mutui datio. nu. 29. ff. si cert. pet. Neque enim aliquis potest conueniri in plus quā sit obligatus, quia obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ gratia, vt in princip. instit. de oblig. tit. gener. & in l. 5. tit. 12. par. 5. Sed in præsenti tantum adest obligatio respectu delegationis, & sic non adest iuris vinculum respectu solutionis in pecunia numerata, ergo respectu ipsius nulla est obligatio, cū ipsa sit stricti iuris, ac proinde non extendenda, vt in l. quicquid astringendæ, ff. de verb. oblig.

Nec obstat, quòd post verbum, *que librara*, contentum chirographo recognito à dicto domino Aluaro additur, *y pagara*, quia hoc vltimum verbum, *y pagara*, intelligitur modo supra dicto, idest, delegādo, quia delegatio in proposito est solutio, vel saltem loco solutionis cedit.

2 Quod † præcipue probatur arg. l. 3. ff. de reb. dub. & eorum, quæ ibi notāt Doct. dicentes, quòd verbum dubium vnius dispositionis declaratur, & intelligitur per aliud verbum clarum eiusdem dispo-

dispositionis. Idem probant l. hæredes palam. §. sed si ootam. ff. de testam. & l. vtrum & ibi Bald. & Angel. ff. de pet. hæred. Socin. in l. fi. in fine, ff. de reb. dub. probatur etiam in l. si seruus plurium, §. fi. ff. de lega. 1.

3 Nam † præcedentium hæc est vna virtus, vt declarant sequentia vt in d. l. si seruus plurium. §. fi. tradit Matthæus de Afflict. decis. Neap. 375. nu. 1. & 2. virtus est vt habeant potestatem restringendi, vt in l. si cum fundum ff. de verb. signi. Bald. consil. 357. incip nota producc, &c. vol. 5. refert. & sequitur Rebuff. in tractat. nominar. q. 5. n. 21. pag. 128. pro quo est etiam expressa l. nam & posteriores. ff. de legib. Ergo verbum, y pagar, postea positum debet intelligi & restringi per ver. librar, præcedens, hoc est, quòd solutio fiat in delegatione.

4 Quia † præcedens clausula est maioris potentię ad determinationem sequentium, quam sequens ad determinationem præcedentiū secund. Barr. in l. quisquis ff. de leg. 3. facit l. quisquis ff. quand. dies legat. ced. Rebuf. vbi supra nu. 23. Ité etiam quia dicta in præfationibus censentur reperita in conuentionibus, vt probat text. in l. Titia. §. idem respondet. ff. de ver. obli. cum simil. Ergo verbum, librar, dictum in principio debet etiam censeri repetitum quando dicitur, y pagar, scilicet, librando, cum hoc possit intelligi salua ratione recti sermonis, & conuentio per hoc non reddatur inutilis, vt in d. §. idem respondet. Item, quia si aliud diceremus daretur incontinenti correctio & nouatio obligationis, quia prius dicit, *que librara*, & statim subijcit, y pagara, quæ duo differunt

5 respectu speciei: delegare † enim est in nominibus debitorum soluere, vt in toto tit. C. & ff. de noua. & deleg. At verò, verbum soluere, simpliciter, & de per se prolatum, intelligitur in potiori significatu, hoc est, in pecunia numerata. Sicque intelligere, quòd debeat delegare hoc est (*librar*) & postea incontinenti, quòd debeat soluere in pecunia numerata sunt diuersa, & quodammodo repugnantia, induceretur que correctio, & innouatio, quod non est dicendum in dubio, vt sunt iura vulgaria, præsertim in nouatione, quæ tacitè nunquā inducitur, nisi expresse agatur, vt in l. fi. C. de nouat. cum materia & in l. 15. tit. 14. par. 5. Item verba debent intelligi secund. subiectam materiam, vt in l. si vno cum vulgarib. ff. locat. Sed subiecta materia in proposito est delegationis, hoc est de libranca, vt patet ibi, de librar: igitur verbum, y pagar, postea sequens debet intelligi secundum verbum subiectum præcedens, *en libranca*.

Secundo principaliter hoc probatur ex ipsomet chirographo inferius, ibi, *y siendo necessario hazer recado o recados para ello, &c.* Nam ex hoc manifestissime colligitur, quòd solutio debet esse in delegatione, iuxta quod prius dictum fuit: quia si in pecunia numerata solutio facienda esset, ad quid oporteret domin. Aluar. alia instrumenta celebrare, cum ex tunc remaneret obligatus? Quo fit, vt verba hæc necessario referenda sint ad scripturam aliaque instrumenta requisita, vt solutio in delegatione sortiatur effectum, veluti instrumentum delegationis, vt debitores delegantis acceptet ipsam delegationem & soluant, quia hæc est delegatio vt in toto tit. C. & ff. de nouat. & delega.

6 Sicque † his verbis repetitur, quod prius dixerat de delegatione; & geminatio locutionis, seu multiplicata reiteratio actus importat firmitatem consensus, & diuersitatem iuris ab actu simplici, tex. in l. 50. ff. de probat. & in l. Balista. ff. ad Trebellia. tradit alia iura allegans Euerard. in centur. legal. loco 91. in princip.

7 Item † geminatio verborum sapit pręcisam coarctationem, & omnimodam deliberationem, vt cum Bal. & Præposit. tradit Anto. Corsetus in tractatu de verb. geminat. nu. 31. qui est nu. fi. vol. 1. tractatu diuer. doct. fol. 323. col. 3. ad fi. & Roland. à Valle cons. 8. nu. 5. lib. 1. Ergo ità in proposito dicendum est, vt necessario & omnino schedula hæc sit intelligenda in solutione per delega-

8 tionem. Tertiò † idem probatur optimo iuris argumento, quia quando ex aliquo contractu constar de mente contrahentium, non est curandum de verbis, & nomine ipsius appositis in eodem cōtractu ad iudicandum quis contractus celebratus fuerit, sed standum est menti contrahentium: imò verba impropriantur ratione subiectæ materię, vt bene tradit Euerard. in cent. legal. loco 13. in vers. secundo volo te scire. Ergo ita in proposito dicendum est, quòd, cum expresse constet in præd. schedula de mente debitoris obligantis se ad soluendum in delegatione, idque constet ex verbis geminatis in eadem positis, vt supra dictum est, non sit curandum de verbis, *y pagar*, cum etiam proprie possint, & debeāt intelligi in delegatione secund. subiectam materiam.

9 Sed † posito, quòd iuxta d. schedulam debitor teneretur soluere in pecunia numerata, quod non est verum, adhuc exequutio esset, prout etiam est nulla, quia ad finem d. schedulæ dicitur, *y siendo necessario hazer recado, o recados para ello, cada y quando que por su merced me fuere pedido los hare*. Attendum est enim ad verba, *cada y quando que por su merced me fuere pedido, &c.* Nam per hæc verba declaratur, quòd tunc demum ad id teneatur cum fuerit petitum à creditore, & non antea, quia quādo aliquis promittit soluere aliquid alteri, cum ipse creditor petierit, requiritur necessario petitio & monitio antequam exequutio fiat, vt probat bonus tex. in l. si decem cum petiero. ff. de verb. obl. & tradit bene Feli. in c. licet Heli, nu. 2. & 3. de simon.

10 Quod † procedit etiam si in obligatione sit apposita dies, & pœna; si tamen inter partes fuit actū, vt reus adhuc certificari debeat per actorem: tunc enim talis dies non interpellat, ita quòd mora sit impurgabilis, quia nulla mora præcessit sine petitione. Ita tenet glo. in l. ita stipulatus la mag. verbo certo die, ff. de verb. oblig. vbi hanc opinionem sequitur expresse Bart. num. 1. Ripa 13. & Socin. Iun. oum. 65. & cæteri scribentes, ex qua gl. notant Ang. & Paulus de Cast. quòd si statutum dispo-

disponeret instrumenta lapso termino esse mandanda exequutioni etiam per capturam, tale statutum non haberet locum si in instrumento creditor promisisset ante diem certificare debitorẽ, eo quia per appositionem talis pacti videtur renuntiari beneficio statuti, quam illationem sequitur etiam Francisc. à Ripa in l. ita stipulatus num. 14. & vtrunque Greg. Lop. in l. 8. tit. 14. partita. 5. gl. 2. vers. nota etiam.

11 Vbi † exemplificat in instrumentis publicis seu in priuata scriptura recognita; quæ in hoc regno habent exequutionem paratam, quòd id non habeat locum quando dies certa est apposita, cum pacto, quòd ante diem certificatio debeat fieri per actorem: quoniam illud pactum reddit terminum cõditionalem. Ergo idem dicendum est in nostro casu, cum sit eadem ratio: quia debitor, ita demũ obligatur, si fuerit peritum, sicque obligatio non est pura sed conditionalis, & qualificata, ac proinde non habet exequutionem paratam, quoadusque verificata fuerit, vt late tradit post alios Roderic. Suarez in l. post rem iudicatam, limitatione 5. ad l. regiam, ff. de re iudic. & Couarr. lib. 2. var. resol. c. 11. num. 1.

12 Vbi † ambo resoluunt plurib. alijs authoribus allegatis, quòd hæc verificatio instrumenti debet fieri, & probari confessione partis aduersæ vel per testes cum citatione debitoris receptos antequam instrumentum mandetur exequutioni: quia si de præd. verificatione non constat, non meretur exequutionem.

13 Facit † etiam quod tradit Petrus Nuñez de Auend. in l. 4. & 5. titul. de las exceptiones lib. 3. ordin. nu. 20. vbi dicit, quòd qualitas exequutionis debet inesse à principio, vt probat lex illa ibi, *Recados ciertos*. nam non dicit, certificádos. Et quod à principio debet inesse, non sufficit postea verificari, quia est forma, vt per Doct. quos ibi allegat, & tenet idem Auend. in c. 1. præt. num. 27. lib. 1. fol. 15. in princip. Ergo ita in proposito dicendum est, quòd licet d. creditor petijsset à d. reo debitum hoc, tamen id nõ constiterit tẽpore, quo petita fuit exequutio, & sic instrumẽtum non fuerit certum, nec verificatum, licet postea in oppositione, & in processu exequutionis verificaretur, quod non conceditur, non habuit locum via exequutiua, nec debuit exequi, quia defuit petitio & sic non potest dici instrumentum liquidum, vnde non meretur exequutionem nisi prius constet de liquidatione secund. Roder. Suarez vbi supra limitatione 4. & Cou. etiam vbi supra, nu. 1.

Præterea, etsi antequam fieret d. exequutio cõstaret de dicta petitione, adhuc exequi non deberet in pecunia, sed vt debitor præcise compelleretur ad delegandum, prout promisit, & se obligauit in d. schedula, vt supradictum & de iure probatum existit, & hoc per capturam, vel alio modo faciẽdo ei præceptum; q̃ deleget creditori suo debitorem intra certum terminum, & celebret scripturas necessarias, prout promisit sub pœna exequutionis.

14 Quia † instrumentum, & contractus certæ speciei debet exequi in ipsamet specie, & debitor præcise est compellendus ad eam tradendam, vt probat tex. iuncta glossa verbo condemnandus, in vers. dicit ergo Ioannes, in l. qui restituere, ff. de rei uendic. & ibi notant Doct. & Roder. Suarez in d. l. post rem iudicatam in tertia extensione, ad l. regiam, ff. de re iudicata: ergo ita in proposito est quod cum debitor in nostro casu se obligauerit ad soluendum in hac specie solutionis, scilicet, in delegatione, in ea debet compelli, vt soluat præcise, & non in alia. Ex quibus omnibus patet nullo modo potuisse fieri d. exequutionem, & factam reuocandam & annullandam fore, saluo meliori iudicio. Iudex Placen. iussit procedere in exequutione & fieri solutionem in pecunia creditori, insuperque reum in expensis condemnauit, qui appellauit, & in Regali prætorio Pinciano fuit reuocata exequutio in totũ iuste; reddi reo principale, decimam, & expensas, & declaratum, vt adimpleret delegando iuxta d. schedulam, idemque secundum sententiam in gradu reuisionis primæ in eadem curia late confirmatoria, comprobatum fuit. Ex quibus sententijs fuit concessa exequutoria in fauorem d. rei iuxta hoc consilium.

SVMMARIA.

1 *Exercentes officium cauponis & stabularij sunt infames infamia facti attenta opinione & æstimatione, quæ habetur de his personis in Hispania.*
2 *Infamia iuris vel facti non solum repellit sed admit tit officium honorificum iudicis habitum.*
3 *Nullus debet eligi in iudicem, qui non sit dignissimus, & meritis, & facultatibus.*
4 *Valet argumentum de teste ad iudicem negatiue.*
5 *Qui fecit aliquid quo vilis habeatur, non potest esse testis.*
6 *Viles personæ, & infimæ nequeunt nominari, eligi, vel aspirare ad officium publicum honoris, quia eo fungi prohibentur.*
7 *Exercentes officium cauponis, & stabularij ex hoc sũt viles, & infima persona, quia communiter solent cõmittere fraudes contendẽdo cum furibus aduersus eos, quos recipiunt & cõmuniter hospitatores isti sun homines rapaces, & vulgares.*
8 *Qui exercuit officium vile, & infimum non potest eligi nec nominari ad officium dignitatis vel honoris.*
9 *Artifices, & negotiatores, & aliæ viles personæ non possunt assumere officia prouincialia & alias dignitates.*
10 *Iniuria fit dignitati quando viles personæ ad eam eue-hunutur.*
11 *Officia vilia reddunt ea exercentes obscuros, vt nequeant ad dignitatem, seu honorem promoueri.*
12 *Officia mechanica censentur vilia: sic nobiles ea exercentes non gaudent nobilitate.*
13 *Exercentes mercimonia, cuicunque ergasterio adhærentes nequeunt habere officia publica honoris.*
14 *Exercentes artes viles indistincte prohibentur admitti ad aliquos honores, nisi in casu necessitatis.*

Illud

15 *Illud officium dicitur vile, & sordidum, quod pro tali reputatur.*

16 *Exercentes officia stabularij, vel cauponis communiter solent esse personæ pauperes, quæ de suo non possunt se alere.*

17 *Elusoria est electio seu nominatio ad officium publicũ honoris, et contemptui habita, quando fit de personis, quibus non est victus, & vita sufficiens.*

18 *Ad quem pertinet institutio, & confirmatio, pertinet etiam destitutio.*

19 *Ad quem pertinet ius confirmandi electionem, spectat etiam cognoscere de defectu, & inhabilitate electorum ex officio, vel ad instantiam partis, & repellere & infirmare electionem de eo factam quando subest iusta, & rationabilis causa.*

20 *Nominati ad magistratus non habent solidam iurisdictionem, quousque fuerint confirmati à superiore, cui competit confirmatio, nam ab eo censentur habere solidam iurisdictionem.*

21 *Ex hoc quòd competit alicui ius confirmandi nominatos ad aliqua officia censetur competere ius superioritatis in nominatos.*

22 *Omnis dispositio generaliter loquens de personis admittendis ad aliquod officium, est intelligenda & interpretanda de idoneis, & capacibus.*

23 *Longa consuetudo in electionibus officialium, est custodienda.*

24 *Longa consuetudo admittendi ad officia publica magistratus seu honoris personas certæ ætatis est observanda.*

25 *Consuetudo, quòd inhonestæ & viles personæ admittantur ad officia publica magistratus seu honoris, prout sunt caupones, & stabularij & reuenditores non procedit.*

26 *Consuetudine, vel lege si caueatur, vt ad officia publica magistratus seu honoris admittantur homines certa conditionis, est intelligendum si idonei sunt.*

27 *Per exercitium vilium & infimorum officiorũ cauponis, & stabularij ipsorum personæ remanent sorditate, seu vilitate infectæ, ita, vt nequeant habere posteà officium honoris.*

28 *Commissio, & mandatum confirmantis non extenditur ad eam confirmationem, quam in speciem verisimiliter committens, vel mandans non concederet.*

29 *Appellatio non permittitur (dico quo ad effectum suspensionis) quotiescunque rei dilationem non recipit.*

30 *Lite pendente fit prouisio, considerata qualitate causa, si forte res periret, vel consumeretur durante lite, vt fructus, vel equus, pro expensis.*

31 *Idem quando tempus finiretur, fortè rectoris electi ad tres menses.*

CONSILIVM XXXI.

Illustrissimi domini Petri Ponce, à Leone Episcopi Placentini, regijque consiliarij, catholicæ fidei censoris & summi inquisitoris in Hispaniarum regnis merito creati, missum ad authorem iudicem causæ infrascriptæ.



Vpposito casu præsentis processus super infirmanda electione à concilio municipij de Xarahizejo facta iudicum ordinariorum, vulgò *Alcaldes ordinarios;* nuncupatorum quamuis à iudice maiore d. villæ ab eodem Episcopo domino temporali d. municipij posito confirmata in quantum de iure locum habere posset, quia habèbant ipsi electi officia vilia & infima: nempe Iacobus erat tempore electionis stabularius, Franciscus verò caupo.

Præsupposito etiam, quòd ad dict. Episcopum pertineat prædict. confirmatio electionum & ipsis electis, atque confirmatis tradere virgas iustitiæ, vt exoquutoria lata obtentum est, de quo non dubitatur. Item visis probationibus pro parte & ad instantiam fiscalis d. episcopi aduersus præd. electos factis, necessario iudicari debet contra illos declarando pro nullis d. electionem, & confirmationem, & præcipiendo concilio d. villæ, vt alios iudices habiles tamen, & idoneos nominet sub pœnis, & monitionibus iuridicis, opportunis, idque ex iuris ipsius dispositione, quod in præsenti consilio annuente Deo demonstrabitur.

1 Primò † quia, vt probatum est in processu exercentes officium cauponis, & stabularij sunt infames infamia facti, attenta opinione, & æstimatione, quæ habetur de his personis in Hispania. Item officium iudicum ordinariorum in dicto municipio est honorificum, præsertim cum probatum sit, quòd cognoscant de omnibus causis ciuilibus, & criminalibus in prima instantia inter vicinos, & alios in territorio d. municipij, vt ad sensum patet, & probatur in cap. licet causam, de probat. in princip. ibi, super iurisdictione, honore, ac districtu in villa Sancti Petri, & Castro Arioli. & facit l. 10. tit. 1. *De los caualleros*, lib. 6. recopilat. regiæ,
2 sed † infamia iuris vel facti nõ solum repellit, sed adimit officium honorificum iudicis habitũ text. in l. infamia, vbi notat Ioan. de Platea, & in l. nec infames, C. de decurio. lib. 10. l. vnic. C. de infam. lib. 10. & l. 2. C. de dignit. lib. 12. notatur in l. cum Prætor, ff. de iudic. in l. 2. ff. de officio assess. & est lex nostri regni expressa 4. tit. 4. partita 3. ibi. *Ni otro si el que fuesse de mala fama*, & l. 6. tit. 6. part. 7. ibi. *E tan grande fuerca ha el enfamamiento, que estos a tales no pueden ganar de nueuo ninguna dignidad ni honra de aquellas, para que deuen ser escogidos omres de buena fama, y aun las que auian ganado ante deuen las perder luego que fueren proueydos por tales. E mas dezimos, que ninguno de los enfamados no puede ser juzgador ni consegero de Rey, ni de comun de algun concejo, &c.* Quæ verba omnino tam in se, quam in ratione decisionis sunt ponderanda.

3 Nam † vt dicit Ioan. de Platea, in l. ad subeunda, C. de decur. lib. 10. nullus debet eligi in iudicem, qui non sit dignissimus, & meritis, & facultatibus: nam dignis, & benemeritis sunt officia, honores, & dignitates conferendæ text. in l. vt virtutum merita, C. de statuis & imagin. Item præmisso, quod est probatum, quòd exercẽs officium

cauponis & stabularij, minoris ex hoc habetur, quam cæteri homines, vt iuxta illos poni non possit, manifestè constat dictos Didacum & Franciscum, ob exercitium dictorum vilium officiorum minime potuisse eligi nec confirmari ad honorabile officium iudicum ordinariorum dictæ villæ: quia non sunt digni esse in societate personarum honestarum, vt probat d. l. secunda, C. de dignit. lib. 12. ibi, & quos infamia ab honestorum cœtu segregat, &c. Quæ verba sunt omnino expendenda. Sed in expressis terminis de iure nostri regni cauetur hoc expresse in præd. l. 4. tit. 4. part. 3. ibi. *Oviesse fecho cosa porque valiesse menos, segun el fuero de España:* facit etiam l. 2. tit. 15. li. 2. ordin. regal.

4 Item † idem probatur, præsupposito, quòd valet argumentum de teste ad iudicē præsertim negatiue, vt defectus, qui repellit ne quis possit esse testis, repellat etiam ab officio iudicis iuxta tradita in c. de cætero, de testib.

5 Sed † qui fecit aliquid, quo minus habeatur, nō potest esse testis, vt probatur manifestè in l. 8. tit. 16. partita 3. ibi. *El que vuiesse hecho porque valiesse menos en tal manera que no pudiesse ser par de otro, no puede ser testigo, &c.* ergo nec poterit esse iudex.

6 Item † viles personæ, & infimæ nequeunt nominari, eligi, vel aspirare ad officium publicum honoris; quia eo fungi prohibentur, text. in l. honores ibi. Is, qui non sit decurio, duumuiratu, vel alijs honoribus fungi non potest, quia decurionū honoribus, plebeij fungi prohibentur, &c. ff. de decur. Est etiam text. expressus in authent. de defens. ciuit. in princip. iuncta glos. verbo, obscuri, collatione 3.

7 Item † quòd exercentes officium cauponis, & stabularij ex hoc sint viles, & infimæ personæ patet: quia communiter solent committere fraudes, contendo cum furibus aduersus eos, quos recipiunt; & hac de causa emanauit edictum prætoris aduersus caupones & stabularios, vt in l. 1. in princip. vers. maxima vtilitas, ff. nautę caupo. & stabular. & 26. tit. 8. part. 5. & ita Bald. in l. 1. C. locati quem refert Gregor. Lopez in d. l. 26. in glo. *Desleales*, dicit, quòd communiter hospitatores isti sunt homines rapaces & vulgares. Et quod caupo sit persona vilis expresse cauetur in l. humilē, vers. humiles, C. de incestis nupt. ibi, tabernariam, & in l. 1. C. de natur. lib. ibi, vel ex tabernaria, idē probatur in l. quæ adulterium, C. de adult. tenet Aymon Crauetta cons. 13. num. 2. quem refert, & sequitur Rolan. à Valle cons. 34. nu. 5. lib. 2. probatur etiam in l. 3, tit. 14. part. 4. & à fortiori erit vilis stabularius.

8 Sed † ille, qui exercuit officiū vile, & infimum non potest eligi nec nominari ad officium dignitatis, vel honoris, vt est text. expressus in l. ne quis ex vltimis negotiatoribus, C. de dignitatib. lib. 12. vbi Bart. expresse summat illum textum sic, quòd negotiantes artes vilissimas ad dignitatem seu honorem non aspirant, & aspirantes repelluntur à dignitate seu honore etiam quæsito. Et idem notat Ioan. de Platea. vbi etiam dicit, quòd propter vilitatem negotiationum repelluntur à dignitatibus, & honoribus tanquam viles & humiles, nō autem propter pœnam exercitij negotiationum: nec quia sunt infames, sed quia talia vilia officia exercent, &c. Et omnino sunt ponderanda verba illius l. ibi, abiectisque officijs, vel deformibus ministerijs, &c.

Quæ verba insinuant, quòd sicut exercentes officia mechanica abiecta, ita præstantes ministeria vilia repelluntur, & priuantur officijs honoris. Et in l. 51. tit. 6. partita prima assignans exempla ministeriorum viliū dicit, quòd similia seruitia censentur etiam vilia; sed ministeria cauponis, & stabularij sūt similia, vel inferiora ministeria eis seruitijs vilibus, quæ in præd. l. designantur: ergo ministeria cauponis & stabularij, sunt infima & vilia, & consequenter repellent præd. Iacobum & Francis. ab officijs honorificis iudicum ordinariorum præd. villæ de Xarahizejo.

9 Pro † hac etiam opinione est text. expressus in l. si cohortali, & in l. si cohortalis versic. sed etiam cunctos, C. de cohortalib. & princ. cornicularijs. libro 12. Vbi Ioan. de Platea expresse notat, quòd artifices, & negotiatores, & aliæ viles personę non possunt assumere officia prouincialia, & alias dignitates, cuius ratio assignatur in illo text. ibi, ne honor dignitatis, & militiæ, eorum contagione polluatur. Vbi etiam dicit, quòd facit contra cerdones, & alios vilissimos mechanicos plebeios & artifices, qui quærunt habere vicariatus, & potestates.

10 Confirmatur, † quia iniuria fit dignitati, quando viles personæ ad eam euehuntur, vt deducitur ex text. in authen. de sanctiss. episcop. ver. post ordinationem verò. collatione nona. Pro hac etiam conclusione conducunt valde text. in l. vnica, C. negotiat. ne militen. lib. 12. & in auth. de testib. §. sancimus, ver. & non quosdam artifices ignobiles iuncta glossa ibi, collatio. 7. vbi probatur, quòd
11 † officia vilia reddunt ea exercentes obscuros, vt nequeant ad dignitatem, seu honorem promoueri: Sed in l. 3. tit. 1. de los caualleros lib. 6. copila. referuntur officia mechanica repellentia ab honore militiæ, quæ non sunt ita vilia, sicut officia cauponis, & stabularij: ergo à fortiori hæc repellent ab officijs honorificis iudicum ordinariorum d.
12 villæ, ea ratione quia † officia mechanica censentur vilia, & sic nobiles ea exercentes non gaudent nobilitate, tex. vbi notat Bal. in l. nobiliores, C. de commercijs & mercat. tradit Guid. Papæ, q. 89. & 169. facit l. vniuersos, C. de decurion. lib. 10.

Deinde ex alio etiam capite dicti Iacobus & Franciscus excludendi sunt à prædictis officiis: quia aduersus eos probatum existit, quòd emebāt vinum, & alia victualia ad reuendendum hospitibus, quod est ita vile, vt hoc solum sufficeret ad infirmandam d. electionem, & nominationem, maximè omnibus supra dictis simul iunctis.

13 Quia † qui exercuerunt mercimonia, cuicunq; ergasterio adhęrentes, nequeunt habere officia publica honoris, text. in allegata. l. si cohortalis ibi,

cæte-

cæterosque institores aliarum mercium quibuscunque ergasteriis adhærentes: & in l. humilem, C. de incestis nupt. ibi, aut eam, quæ mercimoniis publicè præfuerit. Et sic l. 3. tit. 14. partit. 4. inquit. *de la tauernera y regatera es vil persona.* Et quòd huiusmodi officia exercentes repellantur à dignitatibus & honoribus tradit late Aymon Crauetta consi. 136.

Imo etiamsi præd. Iacobus, & Francisc. non essent caupo & stabularius, nec reuenditores in domibus suis, sufficeret, quòd probatur, nempe, in aliorum domibus, & tabernis ipsos vendere publicè panes coctos, & alia victualia, & cibos paratos ad comedendum viatoribus & transeuntibus: quia ex hoc incidere possent in pœnam corporalem fraudem committentes, & victualia prohibita vendentes.

14 Vnde † inhonestum esset vt hi venditores horum vtensilium possent habere officia iudicum ordinariorum d. villæ & alia honorifica, text. in l. eos, qui vtensilia negotiantur, & vendunt, ff. de Decur. si rectè expendatur. Et ita Bart. ibi subijcit hæc verba, Dico, quòd hodie isti qui faciunt istas artes viles, indistinctè prohibentur admitti ad aliquos honores: quod intelligo verum, nisi in casu necessitatis, si alij nō reperiuntur. vt ista l. in fine. & supra eodem titulo l. generaliter, §. spurios. Hucusque Bart. Si ergo hoc officium cauponis, vel reuenditoris, vel illius, qui publicè etiam de suis rebus vtensilia vendit, est vile officium, & inhonestum: ergo à fortiori stabularius & caupo reuenditores vtensilium non poterunt nominari iudices ordinarij alicuius castri, in quo possint exercere iurisdictionem ciuilem, & criminalē, vt eam habent, & exercent iudices ordinarij d. villæ de Xarahizejo.

15 Et † quamuis officium stabularij, & cauponis ex se non esset vile, sufficeret esse probatum quòd in Hispania communiter huiusmodi officia reputantur vilia: quia id officium dicitur vile, & sordidum, quod pro tali reputatur, vt affirmant Ioan. de Platea, & Lucas de Penna in l. maximarum, C. de excusat. muner. lib. 10. citantes tex. in l. final. in prin. ff de muner. & honor. ibi, Calendarij quoq; curatio, & quæstura in aliqua ciuitate inter honores non habetur, &c.

16 Item † exercentes officia stabularij, vel cauponis communiter solent esse personæ pauperes, quę de suo non possunt se alere, vt tradunt Ioan. de Platea, & Lucas de Penna in l. ad subeunda, C. de decurionib. lib. 10. Sed qui ita tenues, & exhausti sunt, vt non modò publicis honoribus pares non sint, sed etiam vix de suo victu se sustinere possint, & minus vtile & nequaquam honestum est talib. mandari magistratum, præsertim cū sint qui conuenienter rei, & suæ fortunæ, & splendori publico possunt creari. Verba sunt tex. in l. rescripto diuorum fratrum in versic. cæterum. ff. de munerib. & honor. quæ optimè adaptantur casui de quo agimus, vt ex hoc dumtaxat capite paupertatis possint repelli d. Iacobus, & Francisc. ab his magistratibus, ad quos fuerunt nominati, quandoquidem probatum existit ipsos esse pauperes. Et hac ratione pauperes exercentes officia vilia, prout sunt caupones & stabularij, censentur pasci turpibus lucris, ob quod sunt repellendi ab officijs honoris, vt insinuare videtur text. in l. nequis, C. de dignit. lib. 12. ibi, diuersis pactis turpibus lucris, &c.

17 Confirmantur † superiora: nam illusoria est electio seu nominatio ad officium publicum honoris & contemptui habita, quando fit de personis, quibus non est victus & vita sufficiens, vt colligitur ex auth. de defensor. ciuit. in prin. ver. nunc autem colla. 3. Multa enim inconuenientia sequerentur in perniciem administrationis iustitiæ & gubernationis illius villæ, si prçd. Iacobus, & Francisc. qui fuerunt stabularius, & caupo, promouerentur ad officium iudicum ordinariorum, inter quæ non minimum foret, quòd eos cæteri vicini illius villæ contemptui haberent.

Ex prædictis ergo colliguntur multæ causæ, ob quas dicti Iacobus & Franciscus non potuerunt eligi, nec confirmari ad præd. officia honoris, tum quia officia sua stabularij, & cauponis ex se sunt vilia, & infima: tum quia communiter in Hispania censentur infames: tum quia exercentes dicta officia emerunt vtensilia, vt reuenderent aduenientibus Cauponiam, vel stabulum: tum quia sunt pauperes, & non possunt de suo patrimonio se alere.

Reliquum est respondere, & satisfacere fundamentis, quibus dicti electi, & concilium d. villæ de Xarahizejo nituntur defendere suam nominationem.

In primis declinant iurisdictionem iudicis maioris episcopi d. villæ, vt non possit cognoscere, & diffinire, an sit repellenda seu confirmanda præd. nominatio: quia virtute sententiæ in rē iudicatam trāsactę nec episcopus, nec iudex maior à se datus cognoscere possunt de causis tam ciuilibus, quam criminalibus in prima instantia, sed iudices ordinarij d. villę. Nam ad hoc respōdemus verū esse in causis, quæ agitantur inter vicinos præd. villæ, sed de nominatione, & electione à concil. d. villæ facta iudicum, & officialium eiusdē bene potest episcopus ipsiusque iudex cognoscere in prima instātia, an debeant admitti, confirmari, vel repelli. Quoniam ad eum ipsum virtute exequutoriæ latæ in contradictorio iudicio pertineat cōfirmatio prçd. iudicum, & officialium in prima instantia; necessario consequitur, vt in eadem prima instantia possit inquirere, cognoscere, & decidere ex officio, vel ad instantiam partis, vtrum nominati a præd.

18 concilio debeāt admitti, vel repelli: nam † ad quē pertinet institutio, & confirmatio, pertinet etiam destitutio text. in cap. cum ex iniuncto, in fin. de hæretic. & in c. 1. & 2. de capellis monach.

19 Item † ad quem pertinet ius confirmandi electionem, spectat etiam cognoscere de defectu, & inhabilitate electorum ex officio vel ad instantiā partis, & repellere & infirmare electionem de eo factam, quando subest iusta & rationabilis causa in-

sa inquirendi,& repellendi text.in c.venerabilem & in cap. nihil,de elect. notatur in capit. cum no-
20 stris,de concessi. preb. Et † cõfirmatur,quia nominati ad magistratus non habent solidam iurisdictionem, q usque fuerint confirmati à superiore,cui competit confirmatio;nam ab eo censentur habere solidam iurisdictionem,vt est tex. in l. defensores la 4.C.de defensorib.ciuit.& not. Angel.in auth.defensor ciuit.§.de cætero,colla.3.

21 Confirmatur: † quia ex hoc,quòd competit alicui ius confirmandi nominatos ad aliqua officia censetur competere ius superioritatis in nominatos,vt notat Bald.in l.fin.C.de legib. tradit Felin. in c. t.de constit.

Deinde non obstat iustitiæ, quam prætendit episcopus Placentin.id quod ex parte nominatorum,& concilij de Xarahizejo allegatur:scilicet, quòd eum in exequutoria,seu sententia quæ transiuit in rem iudicatam ab eisdem partibus producta non explicetur quod nominandi ad magistratus non sint caupo & stabularius, ex hoc censetur permittere, quod potuerint nominati seu eligi præd. Iacobus & Francisc.ad officia iudicum ordinariorum d. villæ. Nam huic obiectioni facile potest responderi, scilicet, quòd in præd.exequutoria seu sententia omnino expresse cauetur, quod sint personę habiles,& sufficientes:& licet id non caueretur, præd. exequutoria esset intelligenda & interpretanda de nominatione personarum habilium & capacium,non tamen de inhabilibus,& incapacibus.

22 Nam † omnis dispositio generaliter loquens de personis admittendis ad aliquod officium, est intelligenda, & interpretanda de idoneis & capacibus,tex.in l.tutor pupilli,§.prodigus,ff.de iureiurand.& in specie est text.in l.rescripto,in princip. ff. de mun.& honor.ibi, constitutio, qua cautum est, prout quisque decurio creatus est, vt ita & magistratum adipiscatur, toties seruari debet, quoties idoneos, & sufficientes homines esse contingit, &c. quæ verba manifeste insinuant ita interpretanda fore verba exequutorię,quibus se fundant præd.nominati, & concilium villæ de Xarahizejo.

Item non obstat consuetudo allegata per præd. qua dicunt esse introductum,vt caupo & stabularius possint nominari ad præd. officia: siquidem
23 † longa consuetudo in electionibus officialium est custodienda,tex. iuncta gl.fin.in l.super creandis,C.de iure fisci,li. 10.& in l.actuarios,C.de numetarijs & actuar.lib. 12.

24 Et † in specie longa consuetudo admittendi ad officia publica magistratus seu honoris personas certæ ætatis est obseruanda, tex. in l. non tantum vers. nonnunquam etiam longa consuetudo, ff. de decur. vbi Bart. notat, quòd in istis honoribus decernendis est inspicienda consuetudo, &c. Nã ad hoc multipliciter respondetur, primo quòd talis consuetudo non est probata, quia licet fuerit probatum quod d. Iacobus tempore Illustrissimi quondam episcopi domini Guterij, fuerit electus iterum ad officium iudicis ordinari d. villæ cum esset stabularius:vnus tamen actus non inducit consuetudinem, vt notat glossa in Rubrica,C. quæ sit long. consuet.& notatur in c.cum ecclesia Sutrina de caus. possess.& prop. & in l.de quibus, ff.de legib.

Nec etiam obest, quòd tempore quondam d.Illustrissimi Guterij fuerit confirmatus in eodem officio idem Didacus, à iudice maiore d. domini episcopi,quia hoc dignitati episcopali atque successoribus in eadem obesse non potuit,maximè cũ non sit consuetudo præscripta de hoc.

Vel alio modo respondeo,quòd consuetudo in electionibus magistratuum est obseruanda respectu solennitatis & modi; quo facienda est talis electio,& hoc casu loquuntur textus supra citati in l. super creandis: & in l.actuarijs: vel seruanda est consuetudo longa respectu certæ ætatis nominatorum, seu electorum ad officia, magistratus, seu decurionatus, licèt talis consuetudo sit contra ordinatum in iure, quo casu loquitur text. in præd. lege non tantum,versic.nonnunquam etiam,ff.de decurion.

25 At † consuetudo,quòd inhonestæ, & viles personæ admittantur ad officia publica magistratus seu honoris,prout sunt caupones & stabularij, & reuenditores non procedit; tum, quia est contra ius publicum, vt sunt iura vulgaria: tum,quia est inhonestum, vt vendentes vtensilia admittantur ad officia publica honoris, vt probatur in l. eos, qui vtensilia, versic. inhonestam, ff.de decurion. Sed consuetudo contra honestatem non procedit, vt in c.cum decorem,de vita & honest.cleric. nam quę sunt contra honestatem non dicuntur esse nec fieri posse,l.si quis à liberis,§.si vel parens,ff.de liber.agnoscend.l.filium,ff.de condit.instit.

26 Tum † etiam, quia etsi lege, vel consuetudine caueatur,vt ad officia publica,magistratus seu honores admittantur homines certæ conditionis, illud tamen est intelligẽdum si idonei sint: nam nõ valet consuetudo seu ordinatio, vt minus idonei, vel minus sufficientes admittant' ad præd. officia publica, vt est tex. in l.vt gradatim.in princ.ff.de muner.& honor. Cuius verba sunt hæc. Et si lege municipali cauetur, vt præferantur in honoribus certę conditionis homines, attamen sciendum est, hoc esse obseruandum, si idonei sint, & ita rescripto diui Marci continetur,&c.

Facit text. in l.rescripto in princip.vers. constitutio, eodem tit.ff.de mun.& honor.ex quibus infertur verus intellectus ad.l. honor. in princip.ff. de decur. confirmatur: quia lex municipalis, vel consuetudo (siquidem valet argumentum de vno ad aliud)cuius prætextu prætenditur,vt viles personæ admittantur ad officia publica magistratus, & honoris tendit in contagionem & contra ius publicum talium officiorum, vt probatur in l.si cohortalis,C.de cohorta. lib. 12. ibi, vt omnis honor atque militia à contagione huiusmodi segregetur: & sic talis consuetudo non valet nec procedit.

Nec

Nec etiam obest, quòd aduersę partes allegant, nempe deposuisse officia stabularij, & cauponis, cum primum fuerunt nominati iudices à concilio d. villæ & hoc sufficere, siquidem iura supra allegata hoc casu id non prohibeant.

27 Nam † ad hoc respondemus, negando hoc sufficere, cum per exercitium dictorum officiorum ipsorum personæ remãserint sorditate, seu vilitatæ infectæ, ita vt nequeant posteà habere officia honoris, quamuis tempore, quo promoti sunt ad ea, nõ exerceant præd. officia sordida, & vilia: hoc enim expresse insinuant iura ciuilia, & leges Regni supra citatæ.

Quæ etiam, si ita expresse id non disponerent, ita essent intelligendæ: siquidem si intelligerentur, prout aduersi prætendunt, non deseruirent de aliquo dubio contra l. quod Labeo, ff. de Carbon. edict. cum complicib. Et quòd ex hoc duntaxat, quòd quis exercuerit, licet posteà desierit exercere huiusmodi officia vilia, contraxerit in sua persona vilitatem, & sorditatem, probatur manifestè per argumentum à fortiori text. in allegata l. humilem, C. de incestis nupt. ibi, tabernarij, vel lenonis publicè præfuit. & eodem argumento text. in allegata l. 1. C. de natural. lib. ibi, vel ex tabernaria vel tabernariæ filia. & ibi, vel quæ mercimonijs publice præfuerit. Præmaximè cum probatum sit aduersos exercuisse prædict. sua officia vsque in diem, quo electi fuere ad præd. officia iudicum ordinariorũ inclusiue, & quòd posteà amouerunt insignia stabularij, & cauponis de domibus suis, in fraudem, vt præsumitur & postea manifeste apparuit. Quoniam est quoque probatum in processu, quòd postquam fuit conclusus processus, ipse Didacus recepit plures hospites in domo sua, & vendidit publicè eis domi alimenta, & recepit pretium pro eis, & hospitatione, sicur anteà faciebat & exercebat simul officium iurisdictionis, & stabularij, quæ quidem officia sunt incompatibilia, præter vilitatem, quam in sua persona contraxit; propter dictum officium cauponis & stabularij.

Non etiam obest confirmatio præd. electionis facta à Ludouico Galleco iudice maiore d. domini Episcopi Petri Ponce, quia multipliciter respõdetur. Primò quia confirmatio prædict. fuit expresse facta in quantum de iure locum haberet, sed ea locum de iure habere non potest, per omnia supra dicta, igitur aduersi non possunt ipsa se iuuare.

28 Secundò † quòd etiam si præd. confirmatio nõ fuisset facta in quãtum de iure locum habere posset, sed simpliciter, adhuc nihil prodesset aduersis, quia commissio, & mandatum confirmantis non extenditur ad eam confirmationem, quam in specie verisimiliter committens, vel mandans nõ concederet, vt in c. fi. de officio vic. lib. 6. & argumento l. obligatione generali, ff. de pignor. Sed Petrus Ponce Episcopus Placentin. cuius vices gerebat d. Ludouicus ipsius iudex maior eam minimè concederet, imò expresse mandauit eidem, ne confirmaret præd. electos, quia exercebant officia vilia, & infima, quamuis de hoc mandato nõ constet in instrumẽto publico. probatur tamen testibus, igitur præd. cõfirmatio ius non tribuit electis, quia fuit contra formam mandati, & per consequens nulla, iuxta l. diligenter, ff. mandat. & ca. cum dilecta, de rescript. Quo fit, vt dictus Episcopus tanquam dominus temporalis d. villæ, & ipsius iudex specialis ad hoc deputatus cum causæ cognitione possit eosdem electos priuare, seu deponere à præd. officijs iudicum, tanquam incapaces eorum. Præmaximè cum sit probatũ, quòd municipium seu villa de Xarahizejo sit populosum habens plusquam sex centos vicinos, & quòd inter eos sunt plures honesti homines habiles, & sufficientes diuitesque, qui possint nominari, & eligi ad præd. officia iudicum ordinariorum d. villæ. Hæc dixerim subijciens me vestræ censuræ. Datum Placentiæ.

Illustrissimus dominus Petrus Ponce de Leon, Episcopus Placentinus cum prius commisisset mihi hanc causam, mandatumque plenum in forma dedisset, misit ad me hoc suum consilium sua persona elaboratum, quod legi atq; perlegi, aliaque meo studio reuolui, vt causam hanc diffinirẽ: tandem maturo cõsilio, & deliberatione habitis protuli sententiam diffinitiuam 27. die mensis Iunij ann. 1569. qua condemnaui dictos Didac. & Frãcisc. vt statim deponerent officia iurisdictionis, & eis non vterentur amplius sub certis pœnis, & pręcepi concilio dictæ villæ, vt alios duos prætores eligerent, habiles, & sufficientes, aliàs ipse eos eligerem. Qui quidem appellauerunt a d. mea sententia & sub ea cum quadam protestatione elegerũt duos alios prætores, quos confirmaui, quia erant idonei, & personæ honestæ, non viles, nec infimi. Et antequam exequutioni mandarem meam sententiam, protuli decretum, quo asserui, quòd attento, quòd præd. officia iudicum ordinariorum d. villæ erant annalia, & quæ cursu temporis consumebantur, & finiebantur, & quòd si appellatio admitteretur, sententia, & iudicium essent illusoria, quia annus officiorum prædictorum finiretur antequam lis, & secunda instantia, ideo confórmans me cum l. regia 6. tit. 18. lib. 4. nouæ comp. reg. quæ in similibus casib. iubet appellationi non deferri, iubebam, iussi, & mandaui exequi præd. meam sententiam, non obstante appellatione ab ea interposita, per concilium d. villæ, & per condemnatos.

29 Quod † etiam probatur & fundatur, quia quotiescunque res dilationem non recipit, non permittitur appellare quo ad effectum suspensionis, vt in l. constitutiones, ff. de appellat. & in l. fina. ff. quan. appell. sit. tradunt Doct. in l. 4. in princip. ff. de damn. infect, tradit Petrus Rebuff. in commentarijs ad constitutiones Regias Gallic. 1. tomo in tractatu de sentẽtijs prouisional. in pręfat. n. 913.

30 Vbi † dicit quòd lite pendente fit prouisio, cõsiderata qualitate causæ, si forte res periret vel consumeretur durante lite, vt fructus, vel equus

pro

proexpensis argumento l. Mediterraneæ, vbi Bar. C. de ann. & trib. lib. 10. Panorm. in cap. 10, col. 2. de dilat.

31 Idem † quando tempus finiretur forte rectoris electi ad tres menses secundum eunem Abb. in c. fi. de iudic. facit l. vni, ff. de gland. legend. quod est expressum in proposito* vnde in his casibus iudex à quo appellatur absq; metu attentatorú potest in causa procedere iuxta tex. in c. cum non solum, de appell. lib. 6. & ibi Doctor. & in terminis tenet D. Azeued. nouissime post huius operis primam editionem in d. l. 6, num. 1. allegans Rebuff. & Lancellotum ad idem *. Et ita exequutus fui meam sententiam. Condemnati, & concilium præsentauerunt se in gradu appellationis in regali cancellaria Granatensi maximè conquerentes de me propter spolium 1 & ante omnia petierunt declarari pro attentato, & pro tali reuocari omnia per me gesta innouata, & attentata post præd. meam sententiam diffinitiuam, & appellationem legitimam ipsorum, tanquam gesta à nñ iudice, & pendente appellatione in quo aduersarij maxime cõfidebant. Tandem regales auditores viso processu declarauerunt non habere locum reuocare supra dicta gesta post sententiam, & appellationem, & sic ea saltẽ tacite approbarunt & confirmarunt (quod ægre tulerunt condemnati prædicti) & protulerunt sñiam probatoriá super negotio principali. Et sic iudices à me confirmati electi virtute meæ sententiæ permanserunt in officio per totum annum, quousque alio anno sequenti alij electi fuerunt secundum consuetudinem immemorialem, & primi nominati super quibus lis erat nunquam ad officia redierunt, nec sibi restituta fuerunt, quia iuste ab eis fuerunt ablata,

SVMMARIA.

1 *Minor recipiens merces ad creditum, para mobatras & ad conuertendum in malos vsus, non tenetur, secus si sint vtiles & necessaria minori ipsiusque familie (hoc est) quando contrahit bona fide & ex bono & æquo.*

2 *Minor, qui tanquam maior rem suam administrauit, etiam si posteà damnificetur, non inconsultè, sed fato non restituitur.*

3 *Minor petens restitutionem debet probare se minorem, & læsum.*

4 *Exequutio non suspenditur petita restitutione in integrum contra eam si est præsumptio malitiæ contra petentem restitutionem, quòd causa differendi, exequutionem, eam petat.*

CONSILIVM XXXII.



Viso processu exequutionis & oppositione à Reo facta pro actore petente exequutionem litem esse decidendã probo duabus iuridicis rationibus.

1 Prima † quia regia pragmatica, qua reus nititur, quæ habet, *que a los menores de edad no se le den fiadas mercadurias sin licencia de su curador*, loquitur, & intelligi debet quando minor recipit merces ad creditum, *para mobatras*, & ad conuertendum in malos vsus, vt constat ex præfatione, & petitione, cui correspõdet. d. pragm. non verò eo casu, quo præd. merces sunt vtiles, & necessariæ minori ipsiusque familiæ (hoc est) quando contrahit bona fide, & ex bono, & æquo, vt probatum existit contigisse in nostro casu. Tunc enim ius naturale, ciuile & regium obligat minorem, quia nõ debet locupletari cum iactura aliena, vt in terminis illius pragmaticæ latissime fundaui, probaui, & tenui in mea repetitione authen. sacramenta puberum. num. 79. & sequentibus, C. si aduers. vendit. vbi ita fuisse iudicatum duabus sententijs conformibus retuli: tenuit etiam eandem opin. Didac. Perez in l. 1. tit. 8. lib. 3. ordin. col. 1027. ver. fallit tamen.

2 Secunda, † quia minor, qui tanquã maior rem suam sobrie administrauit etiam si posteà damnificetur non inconsulte, sed fato non restituitur, vt puta, si emat seruum sibi necessarium licèt mox decedat seruus ille, vt in l. verum §. sciendum vers. item non restituetur, ff. de minor. l. 6. ver. *e aun dezimos*, tit. 19. partita 6.

3 Vbi † etiam probat l. illa, *que siempre ha de probar dos cosas el que demanda restitucion*, scilicet, se minorem & læsum. Quod vltimum probat etiam l. 4. tit. 14. & l. fin. titul. 15. partita. 3. idem de iure communi probat l. ait prætor. §. non solum el 1. ver. mihi autem. ff. de minorib. & ibi Doct. ijdem, in l. si te minorem, C. de resti. minor & in l. cum te C. de probat. Bart. in l. fi. nu. 3. C. de in integ. rest. Bart. & Paul. num. 4. Ias. in l. 5. nam & postea §. si minor. ff. de iur. iuran. text. in summa & in l. a. tit. 19. partita. 6. Sed in præsenti casu non solum dict. reus non probauit læsionem, sed actor probauit, quod omnes merces, quas sibi vendidit ad creditum fuerunt ei vtiles, & necessariæ; & quòd conuersæ fuerunt in suam propriam vtilitatem, & quòd pretium ipsarum fuit iustum, iuxta communem æstimationem: sicque nulla læsio contigit, nec tunc nec postea: cum etiamsi postea contigisset non sufficeret dummodo à principio non interuenitet, vt in dictis iuribus: præmaximè cum sit etiam probatum, quòd illo tempore d. reus publice tanquam maior contrahebat cum alijs, sine aliqua authoritate curatoris, qui id sciebat, & cõsentiebat quia reus erat sagax, & prouidus.

Non obstat compensatio, quam d. reus opponit de alijs debitis, quia sibi fuerunt soluta & ipse instrumentum solutionis & quitationis præstauit d. actori, quæ sunt recognita in hoc iudicio à præd. reo. Nec restitutio contra instrumentum solutionis petita locum habet, quia nihil probauit aduersus d. apocham solutionis, vt requirebatur, iuxta supradicta: nec vlla læsio intercessit in concedenda prædicta apocha solutionis, & quitationis; quandoquidem præcessit rationis calculatio debiti, & soluti cum causa certa cuiusque rei. Maxime, quòd cum d. actor habeat præd. apocham recogni-

cognitam solutionis, & quitationis generalem, si reus litigare velit aduersus eam, est res in liquido, & sic via ordinaria, quæ exequutionem minimè debet impedire. Nam licèt restitutio in integrum competat minori & impediat exequutionem, illud locum habet quando petitur & competit aduersus ipsam obligationem, quæ exequitur, item & cessante malitia eam petentis: hic verò contra obligationem minime competit, vt supra probatum est. Quòd si adhuc competeret contra d. apochā solutionis, hoc differt à via exequutiua & chirographo etiā recognito ipsius debiti, quod exequitur, & vnum non debet aliud impedire, cum sint diuersa, & id quod exequitur sit liquidum, oppositum autem nō liquidum, imo altiorem indaginē requirens: & de liquido ad non liquidum non fit compēsatio, vt in l. fi. cum vulgat. de compensat. Alias enim nulla exequutio locum haberet aduersus minores, quamuis essent adulti, si ex sola allegatione aliarum litium diuersarum via exequutiua impedienda foret. Maximè cum in præsenti constet de malitia minoris restitutionem
4 petentis. Quo † casu exequutio non impeditur, imò si est præsumptio malitiæ contra petentem restitutionem, quòd causa differendi exequutionem eam petat, non suspenditur exequutio vt in c. suscitata, de in integ. restitu. min. & ibi Doct. Didac. Couar. in pract. quæst. c. 16. nu. 2. vbi testatur communem. Sed in præsenti satis constat de ipsa præsumptione malitiæ rei, quandoquidem in instrumento solutionis adest computatio debiti, & soluti, clara & apertissima, & sic ratio reddita rectissima est: vnde, petere restitutionem cōtra eam nihil probato euidens signum malitię est ad differendam exequutionem. Constat etiam aliunde dicta malitia ex eo, scilicet, quod se opposuerit exequutioni nolens soluere, quod in suam vtilitatem conuersum fuit, imo quo succursum est, & prouisum propriæ necessitat, locupletari se uolēs cum iactura aliena, quod est contra ius naturale, vt probaui supra. Nec obstant à me tradita in meo tractatu de iuramento confirmatorio prima parte c. 40. nu. 13. & sequentibus, vbi, quòd minori competat restitutio in integrum aduersus liberationem generalem à se emissam etiam iuratam in fauorem sui curatoris, quia id verum est, vt ibi ipse deduxi, quoties liberatio facta est nulla facta calculatione, nec rationibus redditis: & sic est defectus in liberatione ipsa: item adest illo casu præsumptio aduersus curatorem extorquentem à suo minori præd. liberationem generalem totius administrationis. At in nostro casu non sic est: vnde nobis non nocent supra d. loco à me tradita: imo si rectè inspiciantur prosunt à ratione cessante argumento sumpto. Hęc lis fuit posteà decisa in fauorem d. actoris iuxta hoc meum consilium, quod fuit traditum iudici ipsi simul cum processu.

SVMMARIA.

1 *Oblatio verbalis habet hunc effectum, quia per eam impeditur cōmissio, & incursus pęnę conuentionalis.*

2 *Quando non est præsens sed absens, cui debet fieri oblatio requiritur citatio, vel proclama, quòd compareat ad recipiendum oblationem.*

3 *De iure ciuili, vbi est dies, & pœna non habet locum purgatio moræ; de iure tamen canonico bene admittitur, quoniam eo attento, & ipsius æquitate etiam in dispositione iurata, & vbi aliàs non poterat mora purgari, admittitur purgatio moræ, si ius actoris non est factum deterius.*

4 *De iure canonico hodie semper mora purgari potest.*

5 *Deficiente iure regio potius recurrendum est ad ius canonicum, quam ad leges imperatorum.*

6 *Instrumentum obligationis non subscriptum ab ipso debitore est nullum.*

CONSILIVM. XXXIII.



Iso puncto, & relatione ad me transmissa, exequutionem esse annullandam mediante iustitia libentissimè affirmo.

Primo, quia licet debitor fuerit obligatus præstare satisdationem, & sic cauere cum fideiussoribus ipsi creditori pro solutione debiti faciēda certo quodam termino, quæ satisdatio præstari debebat; alio etiā anteriori termino, sub pœna, quòd transacto dicto termino in quo fideiussio præstanda esset, ipsa non præstita statim terminus solutionis aduenisset, ità quòd exequutio pro debito peti posset, ac si terminus proprius, & verus solutionis esset completus, & sic fuerit petita exequutio transacto d. termino, in quo debebat præstari satisdatio ob id quod præstita non fuerit attamen debitor adimpleuit in tempore offerendo præd. fideiussionem procuratori speciali d. creditoris eā petenti, & exigere volenti.

1 Nam † oblatio verbalis habet hunc effectum, quia per eam impeditur commissio & incursus pœnæ conuentionalis, vt tenet expresse gloss. in l. penult. glo. fi. ff. de nautic. fœnor. dicens. Nota ergo, quòd sola oblatio impedit quominus pœna cōmittatur, refert & sequitur alios allegans Anton. de Fano in tractatu de pign. in 3. par. 3. membri 5. partis princip. num. 2. ad fin. versic. quintus fol. 140. vbi inquit, ꝙ isto casu sufficit sola oblatio sine consignatione. Ergo cum præd. conuentio fuerit pœnalis in defectum pręstationis fideiussionis, consequens est, vt oblatio præcedens impediat incursum ipsius. Præmaximè cum fuerit factum proclama publicum & generale Pinciæ, vt compareret d. creditor ad recipiendam præd. fideiussionem oblatam ex parte debitoris, cum nō inueniretur creditor licet perquisitus fuerit in loco, vbi
2 degere solebat, scilicet Pinciæ, quia † quando non est præsens, cui debet fieri oblatio, sed absens, requiritur citatio, vel proclama, quòd compareat ad recipiēdum oblationem, vt per Bar. in l. si reus paratus, ff. de procurat. refert & sequitur Ant. de Fan. vbi supra in 2. parte, 1. membri 5. partis princip. num. 5. fol. 134. colum. 4. illius folij. Et in terminis, quòd sola oblatio impediat exequutionem.

allego

allego eundem authorem vbi supra proxime, nu. 4. & 5. in 2. limitat. iuncto ver. secundo modo, vbi concludit,& resoluit,quod sola verbalis oblatio releuat,vbi agitur de euitando moram, vel incursum alicuius pœnæ,vel de impediendo executionem aduersæ partis,vel de effugiendo aliquod aliud præiudicium. Secùdo,quia etiam si supra d. cessassent,prout non cessant,& supra d. pœna incur sa fuisset ob non præstitam fideiussionem tempore cõuento, potest nunc reus vsque ad sententiam moram purgare,præstando sicut præstitit iã præd. fideiussionem idoneam, cuius instrumentum est productum in processu pro parte d. rei, quoniam ius actoris non est factum deterius, & debitor solitus est in tempore soluere sicut soluit præstationes præcedentium annorum.

3 Quia † quamuis de iure ciuili Romanorum vbi est dies & pœna non admittatur purgatio moræ secundum communem opinionem,non tamen procedit de iure canonico,& eius æquitate: quoniam eo attẽto,etiam in dispositione iurata, & vbi aliàs non poterat mora purgari admittitur purgatio moræ si ius actoris non sit factum deterius, quod tenuit glossa in capit. apud misericordem, gl. 1. 32. quæst. 1. scotit etiam glossa in c. Beatus,verb. maioribus,22. quæstione 2. per quas glossas ita tenuit prius omnibus Bald. in l. qui crimen,quæstione 11. num. 20. C. de his, qui accus. non poss. Vbi inquit,quòd fideiussor post moram repræsentando rem congruo loco, & tempore liberatur a pœna etiam si sit fideiussor cum iuramento. Et hãc opinionem communem esse receptiorem plures allegans testatur Illustris. Præses D. Ant. de Padill. in l. si quis maior, nu. 25. C. de transact. sequit etiam in foro animæ Anton. Corsetus in Rubrica de iureiuran. num. 30. volum. 5. tract. diuers. doct. fol. 15. quæ communis opinio probari potest argomento text. in c. soam de pœnis.

4 Ex † quo tex. quod hodie de iure canonico sem per mora purgari possit, tenet alios Allegans Gregor. Lopez in l. 8. tit. 14. partit. 5. gloss. ad fin. vbi inquit quòd ista limitatio in his regnis erit magni effectus, quia cum per ll. partitarum non reperiatur expresse cautom, quòd vbi est dies & pœna nõ

5 admittatur purgatio moræ, & sic † deficiente iure regio, potius sit recurrendum ad ius canonicum, quam ad l. imperatorum, vt tradit Palatius Rub. in introductione reperit. e. per vestras de donat. inter vir. & vx. in versic. idem videtur mihi dicendum', admittetur moræ purgatio sequendo æquitatem canonicam, & hoc dicit esse menti tenendom. Et supradicta etiam tenui ipse in meo tractatu de iuramento confirmatorio, 3. part. cap. 17. num. 5. & sequentibus, vbi retuli dictum Bald. vbi supra practicatum fuisse iam in regali cancellaria Vallisoleti, eodem modo seruari debet in nostris terminis, quandoquidem est pœna & potest mora purgari, quia ius actoris non est factum deterius.

6 Tertio † & præcipue in fauorem debitoris allego, quòd instrumentum obligationis, quod nunc exequitur, non est præscriptum à debitore, & sic est nullum, ita expresse decidente l. 13. titulo 25. de los escriuanos libro 4. noue recopilat. regal. ibi, *si las partes las otorgaren las firmende sus nombres*, & ibi, *que los escriuanos sean auisados de no dar escriptura alguna signada con su signo, sin que primeramen te al tiempo del otorgar de la nota ayan sido presentes las dichas partes, y testigos, y firmando como dicho es*, & ibi, *y se haga todo lo suso dicho, so pena que la escriptura que de otra manera se diere sea en si ninguna*. Sed quod nullum est exequtionem non meretur, vt in l. 4. §. condemnatum, & ibi Doct. ff. de re iud. ergo exequutio præd. omnino venit annullanda. Et secundum hoc consilium fuit pronuntiatum. Laus Deo.

SVMMARIA.

1 *Lex 13. tit. 7. lib. 7. noua copilat. loquitur tantum in fundis herbæ, non verò in illis, qui ad pastum, & culturam locantur, & ibi de d. l. intellectu late agitur, & nu. seq.*

2 *L. 22. eiusdem tit. intellectus.*

CONSILIVM XXXIIII.



Fundamentum rusticorum agentium contra dominum Ferdinan. id solum est, nempe, quod Regia pragmatica, (quæ habet, vt habẽtes pecora, & fundum herbæ conductũ, teneantur cam partem herbæ quæ eis superest ralijs præstare pro eodem pretio, quod sibi cõstiterit absq; vllo lucro) procedat & extẽdatur ad alios fundos, qui ad pastum, & culturã simul locãtur tã in cultur, a quam in pastu, ita scilicet, vt cultutam possint retrahere alij pro eodem pretio, & hoc per aliam pragmaticam statim sequentem, quæ præcipit, vt fundi culturæ reducantur ad pastum. Quo fundamento nisi, petunt, vt nominentur æstimatores, qui æstimẽt partem fundi quam ipsi cõductam habent à præd. Ferdinando ad culturam & postea coluerunt & seminauerunt, iuxta pretium, quo totus fundus locatus fuit ipsi Ferdinando, eamque æstimationem quæ præd. modo facta fuerit sunt parati soluere, non verò amplius, licèt alio modo sint obligati in instrumento poblico, scilicet, præstare certam frumenti quantitatem pro præd. cultura, hoc est, pars fundi culta.

1 Sed hoc † fundamentum falsum est: ideo D. Ferdinan. venit de iustitia omnino liberandus, & absoluendus à petitione actorũ, & præcipiendum est, vt ipsi soluant iuxta tenorem instrumenti, & pactionem factam inter easdem partes quãdo contractus culturæ fuit celebratus: quoniam d. pragmatica, quę de herbis loquitur, quæ hodie est l. 23. tit. 7. lib. 7. nouæ copil. regiæ loquitur tantum in fondis herbæ, non verò in illis, qui ad pastum & culturam locantur. Cum igitur lex hæc sit correctoria exorbitans, & pœnalis, extendi non debet vltra casum in quo loquitur, vt sunt iura vulgaria. Præmaxime cum ipse reus optimè probauerit licere

cere iuxta antiquam consuetudinem conducere fundos ad pastum, & culturam, & postea eos in totum vel in partem alijs locare pretio ab eisdem conuento absque vlla pœna: hocque esse maxime vtile reipublicæ rationibus, de quibus in processu.

2 Nec † obstat altera pragmatica, quæ de reductione fundorum culturę ad pastum loquitur, quę hodie est l. 22. eodem tit. & lib. 7. quoniam præd. reductio non ideo fieri iubetur, vt cultura, eodem pretio præstetur, sicut pastus, prout aduersi perperam volunt intelligere, sed ne pastus antiquus minuatur, sicque pecora eo careant in maximum reipublicæ detrimentum, vt constat ex ipsa lege, & magis conuincitur ex eo quod in d. nouo libro legum regiarum priori loco constituta sit hæc decisio, quam illa de herbis. Vnde minime, saltem sano modo, percipi potest, vt lex pręcedēs de pręd. reductione loquens spectet ad decisionē l. sequentis. Rectius igitur (si aliud legislator voluisset) prius collocasset legem alteram de fundis herbæ loquentem vt mens ipsius intelligeretur repetita in lege sequenti.

Præterea anima præd. constitutionis regię, quæ de præd. reductione loquitur, est, ne pastus antiquus minuatur, vt dictum est, & carnes cariores fiant, adhocque præcipue venit d. pragma. quæ est anni. 1552. *Del remedio de las carestias*, Non verò ad id quod aduersi prætendunt. Id enim si verum esset, reductio pręd. fieri minime præciperetur, sed directe statueretur, vt fundi etiam culturæ eodem pretio, quo fuerunt conducti, alijs locarentur, possentque deinceps rumpi, & ad culturam redigi, quamuis ab illis annis citra, de quibus in eadem lege fit mētio, nouiter rupti fuissent, quod expresse contradicit ipsi legi, sicque nullo modo pati potest lex illa sensum, quem ei actores assignant.

Vlterius intentum nostrum probatur ex altera pragmatica, *de las yeruas*, in illis verbis, *la aya de dar, y de a otro que tenga ganado*. Quo fit, vt apertissime demonstretur in pastu tantum loqui non verò in cultura.

Item casu, quo intentio actorum procedere posset, æstimatio fieri debebat omnium annorum simul, quibus idē fundus locatus fuit D. Ferdinando, alias enim ratio recte computari nequit cum vsus huius fundi cōsistat in herba, cultura, & glande, glans autem res incerta est, atque ignotū quanta residuis annis præd. locationis erit, item valor ipsius futurus minime constat nec constare nunc potest. sicque minime culturam tantum possunt retrahere eodem pretio, præmaximè cum tantum id petant respectu vnius ex duobus annis, quibus susceperunt d. culturam.

Eisdem rationibus corruit denuntiatio eorundem actorum facta aduersus reos dicentium, eos conduxisse præd. fundum nō habentes pecora contra tenorem d. pragmaticæ, cum ipsa tantum loquatur in fundis herbæ, vt supra dictum est sitque exorbitans pęnalis & correctoria: hic verò fundus fuerit locatus ad pastum & culturam, ad quē non extenditur præcipue cum rei probauerint tempore d. locationis ipsos habere, & solitos esse antea habere pecora, sintque optimæ conditionis, actores verò rustici & infimæ sortis, constatque præterea de horum calliditate & malitia, sicque præd. iuridicis & notorijs rationibus & fundamentis, quæ minime egent probatione, nec allegatione existimo reos in totum absoluendos esse, actores autem condemnandos cum impositione perpetui silentij, salua dignissima correctione domini iudicis. Hæc causa postea decisa fuit in fauorem reorum, vt fuit petitum, cumque actores ab eadem sententia appellassent, & causam cum processu ad regiam curiam detulissent, nullum aduocatū inuenerunt, qui viso processu vellet eis suum patrocinium præstare propter notoriam iniustitiam ipsorum, & sic reliquerunt causam & soluerunt iuxta contractum proprium, quem in præd. lite impugnare volebant. Laus Deo.

SVMMARIA.

1 *Mandatum consistit in facto, vnde maxime ad delinquendum non præsumitur.*

2 *Nulla qualitas potest probari vbi non probatur subiectum.*

3 *Quandocunque iudex procedit contra aliquem tanquam auxilium præstantem, debet primo in ipso processu constare principalem deliquisse.*

4 *Confessio delinquentis asserentis commisisse delictum demandato alterius, non nocet alteri.*

5 *Probatio facta contra principalem delinquentem non nocet opem præstanti, nec sententia.*

6 *Dictum mandatarij, qui acceptauit mandatum, non nocet ei, quem dicit mandasse.*

7 *Multo minus nocet ficta confessio principalis, vel contumacia ex forma statuti propter absentiam.*

8 *Quando non præcedit causa, tunc nec causatum præsumo, etiamsi capitales minę siue inimicitiæ præcesserint, quia plura sunt quæ terrent, quam quę nocent.*

9 *Non sufficit causa inimicitiæ in genere non adiecta qualitate & causa inimicitiæ in specie.*

10 *Confessioni vulnerati in iudicio & cum iuramento facta standum est, non verò, quod aliter extra iudiciū dixerit sequendum erit.*

11 *Excusatio vulnerati de aliqua persona valet, nisi liquido contrarium probetur.*

12 *Dominus iniuriatus ab aliquo si dixerit famulo suo, domum ne reuertaris donec aliquid noui sentiam de tali negotio, & postea famulus occidat illum qui dominum iniuriauerat, adhuc nō præsumitur dominum mandasse illud committi nisi tribus concurrentibus, de quibus hic.*

13 *Testibus inimicis nulla fides danda est: quod procedit etiam in crimine læsæ maiestatis vel quocunque alio delicto grauissimo, vt in nu. 14.*

15 *Testes non integri quamuis plures sint non faciunt fidem in criminalibus.*

16 *Testes non integri non admittūtur ad probandum delictum, nisi quando veritas aliter haberi non potest actu nec habitu.*

17 *Minor 20. annorum non est idoneus testis.*

18 *Testis semel periurus quantumcunque sit emendatus de crimine nullo casu etiam in exceptis admittitur.*

19 *Testis si vnum dictum dixerit extra iudicium cum iuramento, & aliud contrarium in iudicio etiam cum iuramento, est periurus, & nullam fidem facit.*

20 *Testi periuro si aliqua fides danda est, eius primum dictum attenditur non secundum: & hoc maxime procedit, si alius testis concordet cum primo dicto, vt in num. 21.*

22 *Primo dicto testis standum est & non secundo etiam si secundum sit in tortura, quando primum dictum verosimilius est, & iuuatur præsumptionibus.*

23 *Testis affirmans cognouisse aliquem de nocte, nisi probetur, quòd lucebat luna, vel aderat aliud lumen, est suspectus de falso, nec fidem facit.*

24 *Ad probandam famam, quæ requirantur.*

25 *Fama, quando constat, quis fuerit principiator non operatur plusquam illius dictum extra iudicium.*

26 *Fama est res fragilis & perniciosa transmissa ab his, qui desiderant de hoc famam esse.*

27 *Vna præsumptio tollitur per aliam, & indicia inquisiti debilitant contraria.*

28 *Contra famam admittitur probatio, & si de fama contraria probatur, de prima non liquet.*

29 *Diffamatio delicti probata, contra reum, etiam si in contrarium nihil probetur in specie, tollitur per probationem bonæ famæ à reo factam.*

30 *Probationes in causa criminali debent esse luce meridiana clariores.*

31 *In crimine etiam enormi debent probari alia solemnitates, quæ in alijs criminibus, & constare reum esse vere delinquentem.*

32 *Inimicitia præcedente, probatur amicitia ex tractatione & conuersatione inter eosdem subsequuta.*

33 *Accusati per calumniam, ne producantur à reo in testes, hoc non obstante sunt idonei testes ad defensam.*

34 *Duo testes si inter se sint contrarij non ob hoc accusari possunt de periurio, datur tamen iudici occasio inquirendi.*

35 *Testes inter se varij & contrarij reducuntur ad concordiam si fieri potest, vel statur dignioribus, & non sunt torquendi.*

36 *Sufficit testes in facto principali esse concordes in his, in quibus consistit substantia negotij, licet in alijs discordent: imo etiam si in substantia negotij in modico contradicant non vitiaret, vt in num. 37.*

37 *Dictum testis annectentis falsitatem aliquam etiam scienter dummodo non tangat negotij substantiam vel circunstantias, vel sibi contradicat in modico, valet & non dicitur varius.*

38 *Quando testis dicit se non vidisse intelligitur, quòd ipse sciat.*

39 *Dominus non tenetur pro famulo quando est homo liber nec eum exhibere, nisi quando eum præposuit alicui officio, vel ministerio, & in eo deliquit, & non alias, nisi quando eum detineret.*

40 *Petens aliquem exhibere rem a se possessam debet probare possessionem illius si ea à reo negetur.*

41 *In ijs quæ dependent ab animo & conscientia alicuius standum est ipsius iuramento.*

42 *Ex verbis iniuriosis oritur capitalis inimicitia.*

43 *Inimicitia præcedens an & quando sit indicium sufficiens ad delictum postea commissum.*

CONSILIVM XXXV.



Viso processu criminali contra admodū illustres dominos Frāc. & Christoph. ad instantiam accusatorum fulminato, ipsos reos esse absoluendos apertissime apparet. Primò, quoniam accusatores fundant suam accusationem contra dominum Franciscum in solo mandato de occidendo facto Petro familiari suo propter inimicitiam, quam dicunt habuisse mandantem aduersus occisum, & quòd dictus Petrus exequutus fuit postea mandatum illud occidendo, & quod illi opem præstitit dictus dominus Christophorus. Hoc autē minime probatur in processu, nempe mandatum, nec exequutio ipsius: quia quamuis de homine occiso cōstet, non tamen de occisore, nec de vllo fauore, vel auxilio pręstito a dicto domino Christophoro. Vnde succedit regula iuris vulgaris, de qua l. qui accusare eum simil. C. de edend.

1 Et † præterea in specie probatur: quia mandatū consistit in facto, vnde, (maxime ad delinquendum) non præsumitur, nisi probetur, vt in l. consilio, ff. de curat. furios. l. merito, ff. pro soc. Et in terminis quòd mandatum non præsumatur, etiam si delictum committatur per famulum vel amicum probatur ex tex. in cap. cum ad sedem, de restitut. spoliat. per quem text. ita tenet Baldus consil. 98. num. 7. vol. 1. & in cons. 383. num. 5. vol. 5. vbi allegat Bart. idem tenentem in l. 1. §. familiæ, ff. de public. & vectigal.

2 Nec † domino Francisco obest absentia dicti Petri, quoniam nec probatur ipsum commisisse hoc delictum, nec ob id abesse, & nulla qualitas potest probari, vbi non probatur subiectum, vt in l. si arbiter, in fi. ff. de probat. vt optime in proposito concludit Bal. vbi supra.

3 Et † quandocunque iudex procedit contra aliquem tanquam auxilium præstātem debet primo in ipso processu constare principalem deliquisse, vt inquit Additio ad Bart. in l. si is, qui, §. si tu Titium, num. 2, litera C. ff. de furt. Quia si non constat de principali delinquente, nemo potest puniri de auxilio, quia ignorato principali, sequitur ignorantia accessorij, & sic auxiliatoris & tali casu nemo debet puniri de auxilio præstito, vt cum Alex. Anchar. Bal. & alijs resoluit Hippol. consil. 81. nu. 29. & 30. ergo ita nec de mandato.

4 Secundo † & principaliter, quia etiam si d. Petrus esset præsens, & confiteretur se commisisse præd. delictum de mandato d. domini Francisci, adhuc eius confessio minimè ipsi Francisco noceret, qui dicitur ordinasse, nec quo ad præsumptionem nec quo ad indicium, nec quo ad hoc, vt torqueri, vel grauari possit, vt in terminis decidit Angel. cons. 22. in casus positione.

5 Et † additio ad Barr. vbi supra, dicit alios allegans, non sufficere confessionem principalis, &

quòd

quòd quamuis esset facta probatio contra principalem, non debet obesse opem præstanti, nec sententia lata contra eum, sed quòd est necesse contra ipsum probare delictum principale & opem: & dicit bene notandum, quia omnes sequuntur.

8 Imò † nec dictum ipsius qui dicitur mandatarius, noceret quando acceptauit mandatum secundum Bald. consi. 429. lib. 3. Hippol. in sua pract. criminal. §. diligenter, num. 37. & sequentib. vbi hoc ampliat etiam si non acceptasset mandatum, quia confitenti in se non creditur in alium in delictis, vt in cap. 1. de confess. & in l. fi. C. de accus. tradit Bald. d. consi. 98. num. 6. lib. 1. & cons. 383. num. 4. volum. 5.

7 Quòd † si vera confessio mandatarij, imò dictū ipsius cum iuramento minime nocet ei, qui dicitur mādasse committi delictum, multò minus nocebit ficta confessio, vel contumacia principalis ex forma statuti propter absentiam, vt in terminis tenet expressè Bart. in d. §. si tu Titium, num. 2. vbi ampliat etiam si de maleficio alio modo cōtra absentem constet: & ibi eius additio: quam opinionē sequitur etiam Hippol. in sua practica crimin. §. constante, num. 63. & 74.

Minus obest asserta inimicitia, quam aduersæ partes sunt nisæ probare, inter dominum Francis. & occisum, quoniam ipsa non est probata sufficienter, quæ etiam probata non sufficeret ad probandum nec præsumendum mandatū ex sequent.

8 Primò, † quia nulla causa inimicitiæ, vera nec sufficiens probatur ex qua originem traxerit inimicitia, & quando non præcedit causa, tunc nec causatum præsumo, etiam si capitales minæ, siue inimicitiæ præcesserint: quia plura sunt, quæ terrent quam quæ nocent, vt inquit eleganter Bal. in l. 1. nu. 10. C. de seruis fugit. quem sequitur Franc. Brunus in tractatu de indicijs, & tortur. 3. quest. 1. par. nu. 36. & 37. vol. 10. tract. diuers. doct. fol. 93.

9 Nec † sufficit causa inimicitiæ in genere non adiecta qualitate & causa inimicitiæ in specie secundum Thom. Grammat. vnto crimin. 34. nu. 4.

10 Secundò, † quia vulneratus semel atq; iterum, imo ter in iudicio cum iuramento confessus fuit non cognouisse vulneratorem, nec imaginari posse quis fuerit, nec inimicitiam cum aliquo habere, cui est standum, non verò quod aliter extra iudicium dixerit per text. in c. cum Ioannes de fide instrument. & ibi Abb. nu. 6. & 7. & Felin. nu. 10. idē Abb. in c. cum tu, nu. 2. & ibi Felin. nu. 9. de testib. Barr. & Hippolyt. in l. eos, ff. ad l. Cornel. de fals. Cæpol. consil. criminal. 60. Couarr. lib. 2. var. resolut. c. 13. nu. 7. cum sequentibus Abb. Felin. in c. cum in rua de testib. Boerius decis. 108.

10 Præterea † excusatio vulnerati de aliqua persona valet, nisi liquido contrarium probetur, vt per tex. & Doct. in l. si quis in graui §. si quis moriens. ff. ad Sylan. Paul. in l. Seia. ff. ad Vellei. Ias. in l. 1. ff. de eo per quem factum erit. Alex. consi. 1 num. 20. lib. 3. Hippolyt. in pract. §. diligenter nu. 7. & singul. 21. Ant. Gomez in l. 82. Taur. nu. final.

12 Tertio, † quia etiam si domines iniuriatus ab aliquo, diceret famulo suo: domum ne reuertaris, donec aliquid noui sentiam de tali negotio, & postea famulus occidat illum, qui dominum iniuriauerat, adhuc non præsumitur dominum mandasse illud committi, nisi tribus concurrentibus, primo inimicitia capitali cum occiso, secundo quòd dominus alloquatur famulo ad aurē, tertio quòd post talia verba continuò sit homicidium sequutum, ita Bald. in l. 1. nu. 10. vers. & ille dicitur mandare: aliàs enim vbi vnum ex istis cessaret, non teneretur dominus de homicidio. Ita expresse tenet & declarat Ias. in d. l. 1. C. de seruis fugitiu. in 5. limitatione nu. 31. sic limitans & intelligens doctrinam Barr. in l. si quis mihi bona, §. sed quid si mandauit, versic. pater. ff. de acquiren. hæredit. & eiusdem Bart. in l. si ventri. §. fi. in fine. ff. de priuile. creditor. & inquit. Ias. vbi supra esse hanc mirabilem limitationem & tenendam fixam cordi, sequitur etiam Ripa, in d. l. si ventri. §. final. nu. 4. & Petrus Blaca de delict. ca. 14. nu. 5. & 6. folio. 131. Et ad limitationes Iasonis vbi supra se refert cum eo transiens Bernard. Diaz de Lug. in regula 201. sequitur etiam Marcus Anton. Blancus in tractatu de indicijs nu. 232. cum sequentibus volumine 10. tractatu diuer. Doct. folio 76. vbi adhuc videtur ei dura opinio, vt per supra dicta tria quis possit cōdemnari, sequitur Brunus vbi supra.

Si igitur hæc vera sunt, & in præsenti casu omnia supra dicta deficiunt, quia nec præcessit mandatum expressum, nec tacitum; non enim probatur, quod dominus famulo aliquid dixisset, nec præcesserit capitalis inimicitia, nec iniuria facta ab offenso vulnerato in accusatum, saltem quod ad eius notitiā probetur peruenisse, nec alloqutio ad aurem, nec continuò sequutum sit homicidium, manifestissime patet nullam culpam posse imputari præfato domino Francisco, imò ipsum deberi absolui ex regula iuris vulgari, l. qui accusare, C. de edend. & in l. actor quod asseuerat. ff. de probat.

Testes aduersæ partis nihil concludunt, sunt præterea inimici capitales rei vt est probatum, item varij & contrarij in suis dispositionibus, deponuntq; non vero similia. Itē præsentem casum, atque iniuriam, vt propriam acceperunt: sicque eam prosequuntur, solicitatores existentes in hac lite pro parte accusantium.

13 Testibus † autem inimicis nulla fides danda est, vt in l. tertia. ff. de testibus & ibi glo. & Doctor. in l. prima. §. prætereà, ff. de quæstion. & ibi Docto. pręcipue Hippol. & auth. de testi. §. si vero quis dicat. & in auth. si testis poductus C. de testib. & in c. repellantur & in c. cum P. Manchonela & in c. Meminimus, & in c. cum oporteat de accusat. & vtrobiq; communiter Doct. tradit late, & optime Anton. Gomez. 3. tom. variar. c. de probat. delict. nu. 14. & Auendañ. in suo diction. verb. *enemigo conoscido* in 2. conclus. & sequentibus, & Roland. à Valle consi. 24. nu. 24. & sequentibus lib. 1. l. 22. tit. 16. partit. 3.

14 Quod † procedit, & habet locum, etiam in cri-

mine læsæ maiestatis, vel quocunque alio grauissimo delicto: quia licet in eo admittantur testes aliàs minus idonei, inimici tamen nunquam admittũtur, c. per tuas de simonia & ibi Doct. tradũt Anton. Gomez, & Auenda. vbi supra, estque communis sententia secund. Roland. à Valle, vbi supra nu. 30. & approbatur in l. 13. tit. 16. partita 3. & l. 6. tit. 33. partita 7.

15 Testes † autem non integri, quamuis plures sint in criminalibus fidem non faciunt, ità Bald. in c. ad nostram in vers. in textu ibi, de probat. sequitur Ias. in l. ait prætor, §. cogentur, nu. 12. ff. de edend. Hippolyt. in practica, §. expedita nu. 82. & singul. 477.

16 Item † testes non integri non admittuntur ad probandum delictum, nisi quando veritas aliter haberi non potest actu nec habitu, Bar. in l. 1. §. hoc autẽ, ff. ad Syllan. Abb. & Felin. in c. de cætero, Feli. in c. quosdam de præsump. Ias. in l. fi. nu. 6. & 7. C. de his, quib. vt indig. & in l. cunctos populos, nu. 72. in 3. lec. & nu. 50. in 2. lect. C. de summa trinita. & fid. catholi, Bernard. Diaz in regul. 759. 1. limitatione, Carrerius in practi. criminal. §. in textu ergo ibi numero 33. & sequentibus, folio 73. Aegydius Bossius in sua practica in Rubrica de indicijs, & consideratione ante torturam, in nu. 167. & sequentibus, folio. 191. & latissime Auendan. respons. 31. nu. 3. 4. 5. & 6. Roland. à Valle consi. 24. nu. 67. & sequentibus, volumine 1. Aufrerius in 4. decis. capellæ Tolosanæ.

17 Vltimum † dictum cuiusdam testis nuncupati Francisci, nihil præiudicat accusatis, quia de ipsis non loquitur, estque minor 20. annorum, ideoque non est idoneus testis vt in l. 9. tit. 16. parti. 3. tum præterea periurus, quia in hoc dicto asseruit plura quę sunt contraria primo dicto cum iuramento etiam emisso coram prætore huius ciuitatis, vt patet ex ipsis dictis, ac per consequens nullam fidem facit, vt in c. testimonium, de testib. & in l. 2. tit. 8. lib. 4. nouæ recopila. regię Roland. à Valle consi. 16. nu. 19. lib. 1. neque indicium facit neque præsumptionem secund. Tho. Grammat. voto 6. nu. 15. & 16.

18 Adeo, † quòd testis semel periurus quantumcunq; sit emẽdatus de crimine, in nullo casu, etiã in exceptis, admittitur, secund. Auendañ. lib. 2. c. 27. præt. nu. 29. ad finem, vbi alios allegat.

19 Imo † etiam si vnum dictum testis sit extra iudicium cum iuramento, & in alio contrarium dixerit in iudicio cum iuramento, sit periurus, & nullam fidem faciat, secund. Abb. in c. per tuas in 4. & 5. columnis, de probat. quem sequitur Felin. in ea. cum in tua, nu. 8. de testib. Alexan. consi. 154. columna penultima, volumine 5. & Decius in d. c. per tuas, columna final. ad finem, vbi se remittit ad dicta per Tindar. in tractatu de testib. lib. 2. c. 4. tener etiam repertor. Felin. verb. testis, qui dixit vnum extra iudicium, folio mihi 133. columna 1. sequitur alios allegans Bossius in practic. criminal. ti. de oppositionib. contra test. nu. 3. ad fi. dicens quòd ita vidit probari, sequitur plures allegans Roland. à Valle consi. 40. nu. 9. & sequentibus. lib. 1. A fortiori ergo idem erit in duobus dictis contrarijs cum iuramento in iudicio emissis.

20 Præcipue † quia si testi periuro aliqua fides danda est, eius primum dictum attenditur non secundum, vt in c. sicut nobis, de testi. Abb. & communiter Doct. in c. cum in tua, eodem tit. testatur cõmunem Decius consilio 175. & 189. eumque referens Rolan. à Valle consi. 16. nu. 23. lib. j. & Couar. vbi sup. num. 8. vers. tertium est, quem refert idem testatus Iacob. Menoc. de arbi. iudic. lib. 2. centur. 2. casu 108. num. 10. * Beccius consil. 86. nu. 14. lib. 1. Sed in primo dicto huius testis potius fauetur accusatis, quam vllum præiudicium eis fiat, vt ex inspectione patet, igitur nihil nocet dictum huius testis,

21 præcipue † cum dictum matris huius testis concordet cum primo dicto filij in tempore, quo casu absque dubio, & à fortiori credendum est primo dicto non vero secundo iuxta ea, quæ tradit in proposito Tindarus in tractatu de testib. lib. 1. cap. 14. num. 1. volumine 5. in tract. diuers. doct. fol. 217.

22 Quod † procedit etiam si secũdum dictum fuisset habitum in tortura, quia adhuc standum est primo dicto extra torturam, quando primum dictum verosimilius est, & iuuatur præsumptionib. secund. Decium d. consil. 175. num. 8. & cons. 189. num. 12. & alios allegans resoluit Roland. à Valle consil. 40. num. 14. lib. 1. Cæpol. d. consil. 60. num. 19. & alios referens Menoch. vbi supra, numero 17. Sed dictum primum huius testis iuuatur primo per dictum matris eiusdem, idem deponentis, respectu temporis iuuatur secundo, quia primam depositionem fecit testis iste statim post casus cõtingentiam, quo tempore certiorem memoriam præsumitur habuisse propter temporis proximitatem, quam ex post facto post multum temporis spatium quando dixit secundum dictum. Item & 3. quia verosimiliora dicit in 1. dicto quam in secundo, cum in secundo dicto velit testificari de cognitione hominis de nocte.

23 Quoniam † testis affirmans se cognouisse aliquem de nocte, nisi probetur, quòd luceret luna, vel aderat aliud lumen, est suspectus de falso, fidẽque non facit, vt per Bald. in l. Aretusa, num. 3. ff. de statu homin. Cæpola consil. criminal. 32. n. 8. & caut. 239. Ang. de malefic. in parte, comparente dicti inquisiti, glossa in l. 3. tit. 8. lib. 2. for. Ias. in l. non minorem, num. 4. C. de transact. & in l. si non speciali, nu. 10. C. de testa. men. Felin. in c. cum causam, nu. 5. de testib. Hippol. in Rubrica, C. de probar. num. 107. & in l. 1. num. 66. ff. de quæstion. & optime quasi in proposito loquitur Roland. à Valle cons. 7. num. 28. & sequentibus lib. 1. & Celsus consil. 62. nu. 5.

24 Non † obstat etiam asserta fama, quam partes aduersæ nisæ sunt probare, quia illa minime est probata cum suis requisitis necessarijs, vt constat ex latissime traditis per Bar. & Hippolyt. in l. de minore, §. tormenta. versic. plurimum, num. 48. & sequentibus, ff. de quæst. & in l. fi. eodem titul. & Ang. de maleficijs, in parte fama publica. Gandin. in

in eodem tractatu in Rubrica à quo vel à quibus possit fama incipere & quo tempore per totam, & in Rubrica sequenti qui ad famæ probationem possint admitti & debeant, Marcus Blancus in tractatu de indicijs, numero 311. & sequentibus, volum. 10. tractatu diuers. doct. folio 79. Salicet. in l. ea quidem, C. de accusat. Capella Tholosan. 379. & ibi glossa. decis. Greg. Lop. in l. 3. tit. 30. partita 7. Roland. à Valle cons. 3. num. 48. & sequentibus lib. 1. Ant. Gom. 3. tom. c. de tortur. reorum, nu. 10. & Thomas Gramm. voto 34. nu. 14. & sequentibus. Vbi in specie requiruntur ad probandam famam, quòd sit vniformis, nec de ea sit contradictio apud peritos, & debet esse solida, inconcussa, crescens, non vaga, non leuis, nec contraria. Item requiritur probari, quòd habuit originem ex probabilibus causis quæ inducunt populum ad sic credendum & dicendum, aliàs non esset fama, sed magis vana vox populi, quæ non debet exaudiri. Item quod testes deponant non interrogati de causa, de personis fide dignis, honestis, grauibus & antiquis, non odiosis nec consanguineis, à quibus fama originem traxerit. Item requiritur, quod audierint a maiori parte hominū ipsius loci, & nominare debēt aliquos in specie etiam non interrogati. Item debet probari per testes discretos & bonæ famæ, non inimicos, alias nihil valet probatio. Item, quòd fama præcesserit de delicto ante inquisitionem formatam, & non post, aliàs non potest diei fama probata: & testes ad probandum famam debent esse prouidi viri, honesti, & omni exceptione maiores antiqui & graues & honestæ & bonæ opinionis.

25 Et † inquit eleganter Bal. in c. veniens el 1. nu. 8. de testib. quòd si constat, quis fuerit principiator famæ, non plus operatur quam illius dictum extra iudicium. Sed in præsenti constat, igitur, &c.

26 Et † fama est res fragilis & perniciosa, transmissa ab his, qui desiderant de hoc famam esse, vt eum Bat. & Bal. tradit Paris de Puteo in tractatu syndicat. in parte quidam latro famosus, num. 5. fol. 300. in paruis, & ibi quòd fama non probat aliquem criminosum esse. Ex quibus omnibus constat manifestissime, minime quidē esse probatā famam in præsenti casu. præcipue attenta probatione reorum in contrarium facta circa d. assertam famam quòd processerit ab eisdem partibus aduersis & inimicis, & quòd apud viros graues & honestos, & absque rācore est publica vox & fama, quòd accusati sint inculpati de hoc delicto.

27 Et † vna præsumptio tollitur per aliam, & indicia inquisiti debilitant contraria, vt tradit alios allegans Thomas Grammat. voto crimin. 34. nu. 18. 19. & 20.

28 Et † contra famam admittitur probatio, & si de fama contraria probatur, prima non liquet, vt bene probat Aufrerius vbi infra statim allegabitur, & alios allegans Roland. à Valle consi. 3. nu. 59. & sequentibus, vol. 1.

29 Præterea † dato, sed non concesso, quod aliqua diffamatio delicti probata esset contra accusatos, etiam si in contrarium nihil probatum fuisset in specie, illa tolleretur per probationem bonæ famæ factam ab illis secund. Alex. consil. 14. nu. 8. volum. 3. & tenet optime Aufrerius decis. capellæ Tolosan. 379. glossa fin. & bene Thomas Grammatic. cons. criminal. 37. ad fin. numero 23. & 24. & consil. 38. numero 16. 17. & 18. & cons. 44. num. 4. 5. & 6. voto criminal. 3. num. 27. & 28. & Hippolyt. cons. 74. & idem in pract. §. diligenter, num. 195. 196. 197. & 199. & ind. versic. plurimū num. 153. & Roland. à Valle cons. 16. num. 24. & duobus sequentibus lib. 1. vbi concludit reum esse hoc casu absoluendum, etiam si esset contra eum iudicium sufficiens ad torturam: quod hodie expresse approbatur in l. 26. tit. 1. part. 7. ibi, *e si las prueuas que fuessen dadas contra el accusado no dixessen e testiguassen claramente el yerro sobre que fue fecha la accusation, y el accusado fuesse home de buena fama deue lo el juzgador quitar por sentencia.*

Minus obstat asserere, quòd ob grauitatem huius delicti, & quia noctu successerit, possit probari indicijs & argumentis: quoniam ipsa deficiunt in præsenti casu, nec mandatum præsumitur, vt supra est dictum.

30 Sicque † remanet in suo vigore l. fi. C. de probat. disponens probationes in causis criminalibus debere esse luce meridiana clariores: cui consonat d. l. 26. tit. 1. partit. 7. & l. 7. titulo 31. part. 7. & l. 12. tit. 14. part. 3. & l. 8. eiusdem tit. & l. 10. tit. 11. part. 3. quia satius est nocētem impunitum relinqui, quam innocentem damnare, vt in l. absentem, versi. satius, ff. de pœnis. est optima l. 9. tit. 31. partit. 7.

31 Item † in crimine etiam enormi debent probari solemnitates, quę in alijs criminibus, & constare reum esse vere delinquentem, vt probat Thomas Grammatic. voto 34. nu. 23.

Nec contra dominū Christophorum aliquid probatur eius cuius accusatur, indicium, præsumptio neque inimicitia: ipse vero probat amicitiam cum vulnerato atque negatiuam coarctatam loco & tempore, sicque nulla culpa aduersus ipsum probatur.

32 Quòd † si præcessisset inimicitia inter eos, ex tractatione, & conuersatione posteà sequuta probatur amicitia, & reconciliatio, quatenus inimicitia præcessit: ita tenet cum alijs Thom. Grammat. voto 34. num. 5. Nec ad rem pertinet, quòd aliqui ex testibus reorum sint accusati: sicq; videtur ipsos non esse idoneos testes. Quoniam † præd.

33 testes nullam culpam habent nec contra eos probatur: sed potius videntur accusati per calumniā, ne producerentur in testes per reos quod est remedium procuratum, & hoc non obstante sunt idonei testes ad defensam, vt tenet Bal. in l. sed reprobari, §. amplius, ff. de excus. tut. & in autbent. si testis productus, num. 5. C. de testib. Cępola caut. 4. & 5. Ias. in l. si seruus plurium, §. si quis ante, nu. 6. ff. de leg. 1. Alberic. in tractatu de testib. §. expedita, num. 34. vol. 5. trac. diuers. doct. fol. 183. Felin in c. fi. de testib.

34 Et † quamuis duo ex præd. testibus famuli d. domini Christoph. videatur in suis dictis aliquantulum varij siue contrarij, in eo, scilicet, an ambo, vel vnus eorum tantum eadem nocte domino suo vestitum præbuerint, non tamen ob hoc accusari possunt de periurio, licet detur occasio iudici inquirendi, argumento tex. optimi in l. duobus, §. fi. ff. de iureiuran. & ibi tenet expresse Bal. idem Bal. in l. testium num. 9. C. de testibus, sicque valent dicta testium supradictorum, vt tenent plures Doct. relati per Iacob. de Nouell. in pract. & theor. cau. crim. num. 31. quæ est post practicam Follerij fol. 540. vnde nemo istorum testium debet puniri, qd refert & sequitur Hippol. plures referens in Rubr. C. de probat. num. 412. Thom. Grammat. voto crimin. 26 num. 14. & sequentibus.

Imò fortius dicit Ioan. Andr. in c. nihil obstat, de verbor. signifi. quòd melius dicuntur probare testes, quando per diuersa deponunt in eundem rei finem quam si per eadem verba: quia tunc diceretur testificari per eundem præmeditatum sermonem, quæ probatio à iure non admittitur, vt io l. 3. ff. de test. sequitur alios referens Rolan. à Valle cons. 33. num. 8. lib. 2.

35 Maxime † quia testes inter se varij & contrarij reducuntur ad concordiam si fieri potest, vel statur dignioribus & non sunt torquendi, Cæpol. cons. crimin. 60. in princ. & num. 2. quia dicta testium non sunt calumnianda, sed iuuanda & reducenda ad concordiam, vt in cap. cum tu, de testib. & ibi Doctor. & in specie Rol. à Valle d. consi. 33. nu. 14. lib. 2.

36 Præcipue † quia sufficit testes in facto principali esse concordes in his, in quibus consistit substantia negotij, licet in alijs discordent, Thom. Grammat. voto 36. nu. 7. & 8.

37 Imò † etiam si in substantia negotij in modico contradicant, non vitiaret secundum eundem ibi, nu. 10. Imò dictum testis annectentis falsitatem aliquam etiam scienter, dummodo non tangat substantiam, vel circunstantias negotij super quo deponit, vt si dicat cótrahentem esse aliunde, quã sit, vel alterius affinem, quam sit, vel quòd domus, in qua confectum sit instrumentum sit alterius parochiæ, quam in veritate sit, vel si sibi contradicat in modico, valet & nõ dicitur varius, vt cum alijs tradit Rolan. à Valle d. conf. 33. nu. 5. & 7. de quo videndus est Menoch. de arbitr. iud. casu 307. per totum post Bernard. Diaz regul. 745. & ibi ipsius
* additio. * Quamuis contrarium post alios teneat Beccius consi. 86. num. 15. cum sequent. lib. 1. maximè si iurauit dicere veritatem super omnibus. *

38 Item † q̃ñ testis dicit, se non vidisse, intelligitur, quòd ipse sciat secundum Curt. in tractatu de testib. nu. 109. vol. 5. tract. diuers. fol. 175.

39 Neque † dominus Franciscus tenetur exhibere famulũ suum, qui à se exigitur, cum ipse eum non detineat, & ignoret vbi sit, vt iurauit, & præterea curauit eum producere faciendo diligenter eum perquiri in multis & diuersis locis, & inuenire nõ potuit, vt est notorium: ad quod est textus in l. apud antiquos, ad finem, versiculo de eo autem, C. de furt. & seru. corrupt. vbi dominus non tenetur pro famulo, quoties est homo liber, & suæ potestatis, nec eum exhibere, quia solum ad id tenetur quando cum præposuit alicui officio vel ministerio & in eo deliquit & non aliàs, vt tenet Bar. in l. 1. §. familiæ, ff. de public. & vectig. & expresse Paulus ibi. item Bal. in l. obseruare, §. proficisci, ff. de officio proconsul. & legat. item quando eum detineret, vt per totum, ff. de lib. homin. exhib.

40 Quæ † detentio, siue possessio rei, quæ exhiberi petitur, probanda est ab actore, si à reo negetur, vt in l. 3. §. fi. ff. ad exhi. & ibi Doct. Ias. in §. præterea, num. 47. institut. de actio.

Præcipua autem causa inimicitiæ quę ab aduersis partibus allegatur, est quædam rixa, quæ præcessit inter ipsum vulneratum & alium consanguineum reorum, quæ non tangit reos, imo duob. testibus contestibus probatur d. dominum Franciscum non fuisse præsentem d. rixæ, nec eam sciuisse, nisi post mortem vulnerati, idque iurat ipse Franciscus, quod sufficit, cum ignoratia iuramento probetur, quia scientia, vel ignorantia depen-
41 det ab animo & conscientia ipsius. Vnde † circa hoc standum est soli iuramento eius, iuxta ea, quę tradunt Doct. in §. sed iste quidem, versi. namque sicut. præcipue Ias. ibi nume. 88. de actio. Gomez. col. fi. & Ias. num. 22. Felin. in ca. significasti, el 1. num. 2. 3. & 4. de homic. Rebuff. de nominat. 1. q. num. 24. fol. 120. & alij plures.

Item probatum existit d. occisum fuisse hominem maleuolum, verbisque & facto plures iniu-
42 riasse: & ex † verbis iniuriosis oritur capitalis inimicitia, vt probat text. expressus in ca. veniens, el 1. de iureiuran. ibi. Conuitia inferẽdo certauit, propter quod eum graues inimicitias incurrisset, & ibi notat Bal. in fine, & Hippolyt. in l. 1. §. Præterea, num. 57. dicens secundum hoc iudicatum fuisse, ff. de quæst. Thom. Grammat. voto 6. nu. 4. & 5. optime Marcus Blancus de indicijs, nu. 104. vol. 10. tract. diuers. doct. fol. 71.

43 Vbi † alios plures allegat, & inquit, num. 175. fol. 74. quòd si vulneratus, vel interfectus fuerit aliquis & ignoretur à quo, doctores communiter distinguunt inter inimicitiam leuem & grauem, seu capitalem, vt ex leui inimicitia nõ oriatur indicium contra inimicum, vt notatur in c. cũ oporteat, de accus. & in auth. si dicatur, de testib. & ibi Salic. ex graui inimicitia tunc oriatur indicium, & quòd omnes Doct. indifferenter tenent istud. Sed in præsenti casu nulla inimicitia probatur aduersus reos, nec ad notitiã eorum peruenisse præd. rixam inter occisum & alium causatam, ex qua voluit subintelligere præd. inimicitiam ratione consanguinitatis, ergo reis non nocet, maxime cum interfectus haberet alios inimicos, vt probat Tho. Grammatic. voto 6. num. 5. & 19. Vbi addit, quòd non præsumitur notificatum, nisi probetur. Huic meo consilio se subscripserunt alij quam plures magni aduocati, & productum fuit iudici regio specialiter deputato à regia maiestate super præd. delicto, & supradictos reos cõdemnauit maximis

pœnis

pœnis pecuniarijs & exilij, sed ab ipsius sententia fuit legitime appellatum ex parte reorum, & deducto negotio ad regiam cancellariam Vallisoleti, simul & hoc consilio in gradu appellationis fuerunt in totum absoluti absque expensis illius instantiæ, & reuocata prædic. sententia prior contra eos lata anno domini 1575. mense Septembri. Laus Deo.

SVMMARIA.

1 *Testis sibi contrarius, aut varius absque vlla correctione vel iusta causa ipsius non facit fidem, imo punitur de falso, & nu. 2. & 3.*

4 *Testis qui sibi est contrarius, vel varius vel falsum dicens in vno, non facit fidem in reliquis, nisi falsitas sit circa aliqua accessoria, vt in nu. 5.*

6 *Accusatus non potest esse testis in eadem causa.*

7 *Testis deponens in his, quæ pertinent ad suam exonerationem non est idoneus, nec deponens de facto suo ex quo ei laus, vel vituperium ascribi potest, vt in num. 8.*

9 *Officiali publico, prout est iudex, nec arbitro in formã testium productis non creditur in pertinentijs causæ, nec etiam notorio producto in testem dicenti testatorem fuisse sanę mentis tempore conditi apud se testamenti.*

10 *Testi afferenti aliquid in iudicio cum iuramento standum est etiam si extra iudicium contrarium dixerit. Hoc tamen intelligitur quotiescunque sententia est lata, secus si non sit lata, quia tunc tantum detrahitur dicto huiusmodi testis, vt non feratur sententia secundum id, vt in num. 11. & non adhibetur ei tanta fides sicut adhiberetur si contrarium non dixisset extra iudiciam, vt in nu. 12. Si autem dictam extraiudiciale esset quoque cum iuramento, est testis periurus & falsarius & nullam fidem facit vt in nu. 13. & 14*

14 *Testis semel periurus quantumcunque emendatus sit de crimine in nullo ca su etiam exceptis admittitur.*

15 *Incarceratus in vinculis publicis non potest esse testis contra alium in causa criminali.*

16 *Vnus testis solus nullam fidem facit, etiamsi deponat de proprio facto, vt in nu. 17.*

18 *Iudex eo tempore, quo est iudex causæ, maxime cum agit de sua exoneratione, non est idoneus testis.*

19 *Incarcerati licite possunt recipere, & legere literas familiares absentis pro delicto & numeris sequẽtibus.*

20 *Standum est dicto maxime iurato alicuius circa ea, quæ in animo ipsius consistunt.*

21 *Prohibitus loqui non censetur prohibitus scribere. Et tunc est prohibitum scribere alicui, quando est prohibitam eum alloqui, vt excõicatum, vt breuius resipiscat, & conuertatur, vel si scriberetur ad inimicũ vel proditorem reipublicæ contra ipsam rempublicam, vel ad homicidium committendam, vt in n. 22.*

23 *Alimenta præstare delinquentibus causa miserationis non est prohibitum, imo est permissum: quia tantum est prohibitum receptare delinquentes eosque dolo occultare iudici, vt delicta remaneant impunita & quid requiratur ad hoc de iure huius regni vt puniatur receptatio, nu. 25.*

24 *Alleganti dictum vel culpam incumbit onus probandi.*

26 *Receptans delinquentem, vt puniatur, debet probari aduersum ipsum, receptatio, & scientia, quòd esset delinquẽs; imo requiritur vera scientia, quia probabilis ignorantia quòd ille non sit delinquens excusat à pœna receptationis, vt nu. 27.*

28 *Domini non tenentur exhibere famulos suos homines liberos committentes aliquod delictam.*

29 *Iudex tenetur exhibere famulos suos tempore syndicatus, nisi propter delictam aufugissent.*

30 *Dominus tenetur exhibere famulum quando ipsum præposuit alicui officio, vel ministerio, & in eo deliquit.*

31 *Detinens hominem liberum tenetur eum exhibere, si ab eo petatur.*

32 *Sententia interlocutoria quotiescunque habet vim diffinitiuæ, idem iudicatur de ea, quod de diffinitiua.*

33 *Probationes in causa criminali debent esse liquidæ & perspicuæ.*

34 *Pœna suos debet tenere authores, imo iudex ex officio omnibus vijs tenetur inquirere defensionem reorum absentium.*

35 *Ratione dubij, quis ex duobus commiserit delictum quamuis constet ab vno eorum commissum fuisse, ambo absoluendi sunt.*

36 *Quando vnus ex pluribus deliquit, nec inuenitur delinquens, nullus debet puniri.*

37 *Alloquens alterum ad aurem præsumitur mandasse committi delictum, tribus concurrentibus, de quibus hic.*

38 *Alloquens huiusmodi, si non erat inimicus offensi, non præsumitur mandasse vel consuluisse committi delictum.*

39 *Consilium quando potest verisimiliter se habere ad bonum & ad malum consulent potest illud interpretari, imo lex absque interpretatione hominis interpretatur in meliorem partem.*

40 *Dominus domus vbi exemptus est aliquis à manibus familiæ an teneatur exemptum exhibere & nume. sequen.*

41 *Quando non constat de delicto non est agendum de pœna.*

42 *Leges regiæ dicentes, quòd dominus domus, vbi reperitur homo occisus, vel vulneratus, teneatur præstare autorem vel pro eo respondere quomodo intelligantur, & nu. seqq.*

45 *Taciturnitas in re valde præiudiciali tacenti, non nocet ipsi.*

46 *Debilitatus vel vulneratus, qui non est officialis, non potest petere operas à delinquentibus.*

CONSILIVM XXXVI.



Visó processũ causæ criminalis cõtra admodum Illustrem Domin. Federic. & consortes accusatos, plura sunt videnda, & discutienda, ex quibus liquido cõstabit ipsos esse absoluendos ab accusationibus contra eos propositis.

Et

Et primo vtrum dictis & depositionibus iudicis secularis huius ciuitatis ipsiusque ministri vulgo dicti *Alguazil*, Item tabellionis, danda sit fides aduersus accusatos? in quo resolutio est, ipsis minime esse credendum, nec vllam dandam fidem.

Et primo ipsi iudicis ministro quòd non sit credendum patet, quia sibi ipsi contradicit & est varius in pluribus in eadem testificatione, & in diuersis, quas fecit, vt constat ex processu & ex allegationibus pro parte reorum factis, & præcipue in substantialibus negotij; quæ contradictiones saluari aut concordari minimè possunt. Vnde est, vt accusatores eis non satisfecerint, quamuis à reis

1 fuerit obiectum de ipsis: testis † autem sibi contrarius, aut varius nullam fidem facit, tex. est in l. qui falsò, ff. de testib. & in l. 2. ff. eod. tit. Cuius verba sunt hæc, in testibus autem fides, dignitas, mores, grauitas examinanda est: & ideo testes, qui aduersus fidem testationis suæ vacillant audiendi non sunt. & ibi Doctor. textus etiam in cap. si testes. §. in testibus. 4. q. 3. vbi glossa verb. vacillant, alia iura allegat. tex. capitalis in materia vbi Bar. & omnes notant in l. eos. ff. ad l. Cornel. de fals. Menochius alios allegans de arbitrar. Iudic. lib. 2. centur. 2. casu 108. nu. 2.

2 Vbi † quòd testis in eodem iudicio contraria, vel varia dicens in continenti absque vllo correctionis animo vel absque iusta causa correctionis eius testimonium fide penitus caret.

3 Et † huiusmodi testis punitur de falso, vt est text. expressus in d. l. qui falsò vel varie. ff. de testi. & in d. l. eos. vbi Bar. idem tenet etiam Fel. in cap. cū in tua, nu. 3. de testib. & Tindar. in tractatu de testib. in 1. charta col. 3. ca. 2. incip. omnis, & Aegidius Bos. in sua practica crimin. tit. de opposit. contra testes nu. 1. & 2.

4 Et † testis qui in vno est varius, aut contrarius sibi ipsi, vel falsum deponit, nullam fidem facit, nec ei credendum est in reliquis, quia qui in vno est calumniatus non est præsumendum quòd in alio verum dicet amplius, vt in l. si cui, §. ijsdem versi. si tamen. ff. de accusat. bonus tex. in c. puta 3. q. 9. Cuius verba sunt: pura & simplex testimonij series intimanda est, plerumque testis dum ad seriem gestorum aliquid ex suo adijcit: totam testimonij fidem partis mendacio decolorat. text. etiam in d. l. 2. & in d. l. qui falsò vel varie. ff. de testib. per quę iura & alia hanc opinion. tenet & bene fundat Gandin. in tracta. malef. in tit. de falsar. nu. 26. fol. mihi. 209. in magnis. & Bonifac. in eod. tract. tit. de falsis num. 22. fol. 235. vbi eius additio aliàs allegat Fel. in cap. fraternitatis numero 21. de hæretic. & Roderic. Suarez. alleg. 18. colum. 2. versi. primo. quia dicunt. & Roland. à Valle consilio 7. numero 23. libro 1. dicit communem Iulius Clarus in pract. crimin. §. fin. quæst. 53. versic. sed quęro, vbi ampliat cum communi, siue capitula, super quibus talis testis deposuit, sint separata, siue connexa: nam vtroque casu eius testimonium tanquam vnicum & super vnico iuramento fundatum nihil valet: item siue illud dictum falsum præcedat siue sequatur alia dicta, ex quibus probat eandem opin. principalem. dicit communem plures referens, & amplians Ignatius Salzedo in adnotat. ad reg. 348. Bernard. Diaz amplia. 2. tenet idem Roland. à Valle consi. 40. nu. 11. lib. 1.

5 Vbi † ampliat, etiam si esset falsitas circa aliqua accessoria, idem Roland. consi. 7. nu. 23. Sed in hoc vltimo communis opinio est in contrarium secund. Iulium Clarum in practic. crimin. d. §. fi. quęstione 53. versi. scias tamen, licet contra eum imo quòd hoc casu testimonium vitietur, existimet verius Menoch. de arbit. iud. casu 307. nu. 6. In proposito autē præd. testis est sibi contrarius & varius circa substantialia negotij, vt constat ex ipsius dictis & depositionibus; & sic nullā fidem facit per supra dicta, &c.

6 Secundo † quia ipsemet testis accusatus est à partibus aduersis in hac eadem causa, qua propter testis esse non potest, vt in l. in testimonium, & ibi Doct. ff. de testib. & in ca. fi. de testib. Vbi gl. dicit, quòd statim, quòd accusatus est, grauatur eius opinio tex. in c. 1. de confess. & in l. fi. C. de accus. Hippolyt. in sua practica, §. diligenter. nu. 59. cum sequentibus, & singul. 209. late per Anto. Gomez. 3. Tom. ca. 12. nu. 16. cum sequentibus Bald. in l. sed & reprobati. §. amplius. ff. de excusat. tutor. optime per Alberic. in tractatu de testib. §. expedita nu. 34. fol. 185. volumine 5.

Tertio quia dictus testis se defendit & exonerat asserens, quòd præd. accusati vi exemerunt & liberauerunt a manibus suis delinquentem principalem quem habebat captum, à culpa, quę sibi poterat imputari tanquam ministro iustitiæ ob id quòd pręd. delinquentem non ceperit, cum tamen potuerit.

7 Testis † autem deponens in his, quæ pertinent ad suam exonerationem non est idoneus, nec fidem facit, vt tenet Bart. in d. l. defertur, nu. 2. ff. de iur. fisc. vbi eius additio alios refert, sequitur etiam Felin. alios allegans in c. cum à nobis nu. 5. de testib.

8 Dicens † nunquam esse adhibendam fidem testi deponenti de facto suo, quando ex eo, ei laus vel vituperium potest ascribi, quia tunc iam deponit in causa propria; quo casu non valet testimoniū vt in l. omnibus & in l. nullus, cum similib. C. de testib. Nicol. Bellon. consi. 63. nu. 13. & fuit doctr. Ioan. Andreæ ad Specul. in tit. de testib. §. opponitur, ver. quid si administrator. Bellon. cōs. 75. nu. 7. sequitur alios referens præcipue Doct. in c. ex literis de transact. Roderic. Suarez allegatione 1. folio 114. colum. 1. in princip.

9 Inferens † ex eo, quòd neque officiali publico prout est iudex, nec etiā arbitro in forma testium productis creditur in pertinētijs causæ, nec etiam notario producto in testem dicenti testatorē tempore conditi testamenti apud se fuisse sanæ mentis, quia iam agit de suo negotio & fide.

10 Quarto † quia licet d. minister iustitiæ dixerit in iudicio cum iuramento a se exemptum fuisse d. delinquentē; extra iudicium tamē dixit etiam

& as-

& affirmauit eum iuramento sæpe,sibi exemptum non fuisse. Et licet testi aliquid afferenti in iudicio cum iuramento standum sit, quamuis extra iudicium postea contrarium dixerit, vt tenet Bart. in d.l.eos, num.4.ff. ad l.Cornel.de fals.per text. in l.generaliter, C.de non numerat.pecun.& per text.in c.sicut,de testib.vbi Felin.num.1.idem,tenet, & sequitur idem Felin.in c. cum tua, num.6. eodem titulo,hocque procedat licet dictum extra iudiciale præcesserit,vt tenet glossa in c.causa quę, de testibus, sequitur plures referens Ang.de malef.verb.falsario,num.23.fol.83.vbi eius additiones plures Doct. referunt eandem opinionem sequentes contra Bartol. qui tenebat contrarium, imò,quòd huiusmodi testis puniatur de falso in d. l.eos,nu.6.quem sequebantur alij relati per Aug. Arimin. addit. Angeli vbi supra, primam tamen opinionem contra Bart. testatur magis communem Alex. cons.74. in 3.colum. volum. 1. eandem etiam contra Bart. testatur veriorem & communiorem Felin. plures referens in d. c. cum in tua, num.8.qui a num.7.incipit quæstionem,& Aegydius Bossius vbi supra, nu. 3. sequitur etiam & dicit magis communem Decius in c. per tuas,nu.9. de probat. & eam plures allegans testatur magis communem Roland.à Valle consil.40. num. 2.& sequentibus lib. 1. & est magis recepta opinio, vt plures allegans testatur Menoc.de arbit. iudic.li. 2.cent.2.casu 108.num.22.

11 Hæc † tamen opinio procedit quotiescunque sententia est lata,nam si non est lata in tantum detrahetur fidei huiusmodi testis, quòd non feratur sententia secundum eius dictum. Hæc fuit opinio Ant. de Butrio in d. cap. cum in tua, quem refert Felin.ibi num.6.& ita posset hoc casu saluari opinio Bart. in d. l. eos, sequitur alios allegans Roland.à Valle vbi supra,nu.12.Menoch.vbi supra, num.23.

12 Posset † etiam saluari eiusdem opinio hoc modo, quòd licet standum sit dicto iudiciali testis cũ iuramento iuxta supra d. magis communem sententiam, non tamẽ adhibetur ei tanta fides quanta adhiberetur,si contrarium non dixisset extra iudicium. Ita tenet Additio 2, Angel.vbi supra,tenet etiam Alexan.cons.81.colum.antepenult.volum. 3.& Aretin. cons. 71. vbi dicit quòd omnes Doct.in c.cum causa,de testib.tenent hoc casu debilitari fidem,quem refert & sequitur Bossius vbi supra, nu. 3. sequitur plures allegans Menochius vbi supra,num.27.

13 Hæc † tamen omnia procedunt quando dictũ extraiudiciale,esset sine iuramento, si tamen esset cum iuramento, sine dubio huiusmodi testis est contradictorius periurus & falsarius,& per consequens nullam fidem facit. Quod patet, quia iam est iuramentum contra iuramentum,& sic periurium ipso facto, & testis periurus nullam fidem facit, vt sunt iura vulgaria, & determinationes doctorum, præcipue tex. in cap. testimonium,de testib. & in l.2.ti,8.lib.4.nouæ compil.reg.Quia iura nimis abhorrent periurium,

14 Adeo † quòd testis semel periurus quantumcũque sit emendatus de crimine in nullo casu etiam in exceptis admittitur,secund. Auend. lib.2.c.27. præt.num.29.ad fin.vbi alios allegat.

Et in expressis terminis nostræ speciei,quòd testis, qui vnum dixit in iudicio cum iuramento, & aliud postea dixit extra iudicium etiam cum iuramento nõ faciat fidem tenet Abb.in c.per tuas,de probat.in 4.& 5.col.quem sequitur Felin.in d.capit.cum tua,num.8.vbi ex hoc ponit cautelam;sequitur etiam Alex.cons.154.col.penultima,volumine 5.& Philip.Decius in d.cap.per tuas,colum. fin. ad fin. vbi se remittit ad dicta per Tindarum in tractatu de testib.2.lib.c.4.tenet etiam repertorium Felin.verb.testis, qui dixit vnum extra iudicium,folio 133.col.1.sequitur etiam alios allegãs Aegydius Bossius vbi sup.nu.3.ad fi.dicens,quòd ita vidit seruari sequitur plures allegans Rolãd. à Valle vbi supra, nume. 9.& sequentibus & Menoch. vbi supra, num. 23. Cum igitur probatum sit,dictum iudicis ministrum extra iudicium cum iuramento affirmasse, sibi non fuisse exemptum d. delinquentem, sed quòd ipse à manibus suis euasit, & nunc hoc non diffitetur interrogatus cũ iuramento an illud dixerit extra iudicium, quia respondet se non esse memorem eius: ergo,quamuis in iudicio aliud vt testis dixerit,non facit fidẽ.

15 Quinto † idem intentum probatur, quoniam qui detinetur in vinculis publicis,non potest esse testis contra alium in causa criminali, vt probat expresse l. 3. §.lege Iulia.ff.de testib.& in l.10.tit. 16.partita 3. Anton.Gomez.3.tomo,c.de probat. delict. nu. 18.in fine. Ergo cum hic idem testis sit detentus in vinculis publicis, item & sit accusatus, minime fidem facit,eo vel maxime,quia fuit examinatus parte non citata,vt in c. 2. de testib. & in l.si quando,C.eodem tit. & in l. 23.titul.16.part. 3. adeò,vt non faciat indicium,vt plures allegans tenet Anton. Gomez eodem c. de probat. delict. num.20.

15 Sexto † & vltimo, quia licet dictus minister iudicis esset idoneus testis,prout non est per supradicta,est vnus solus, & nullam fidem faceret,quia dictum vnius,dictum nullius, vt in l. iurisiurãdi, C. de testib.& in c.licet vniuersis, & in c.veniens,& in c.in omni negotio,de testib.& in l.32.vers. *mas por vn testamento* titulo 16.partit.3.vbi dicitur,*que aunque vn testigo sea bueno y honrado en ninguna causa haze entera fee*,etiam si vnus testis, præclaræ authoritatis & dignitatis sit,vt in c.ego solis,9. dist. Couar.in practic.q.c.33.nu.3.columna 2.

17 Quod † procedit etiam si testis deponat de proprio facto,vt tenet Ias.in l.2.§.si absens,num.9.& sequentibus,ff.si ex noxa.cau.agatur. & idem Ias. in l. admonendi in lect.nu.94. ff. de iureiuran. & Couar. vbi supra alios allegans. Vbi ampliat, etiam si ex facto suo de quo deponit,nullum sit inde consequuturus cõmodum. Depositiones præd. iudicis & tabellionis minus faciunt fidem per omnia supra dicta, quia sunt varij & vacillant in dictis suis, & testis qui aduersus fidẽ suæ attestationis

nis vacillat non auditur. Tabellio præterea est ini-
micus reorum & consanguineus accusantium in-
tra quartum gradum & sic fidem non facit, vt per
Anton. Gom. lib. 3. vari. resol. c. de probat. delict.
nu. 15. Præterea est minor 25. annis, & minor 25.
annis in causis criminalibus non potest esse testis,
vt in l. 9. tit. 16. partita 3.
18 Dictus † autem iudex cum eo tempore esset iu-
dex causæ, non facit fidem, vt in l. 19. titulo 16. par-
tita 3. præmaxime quia agit de sua exoneratione,
& defensione culpæ, quæ sibi in officio suo poterat
imputari, quo casu nullam fidem facit, vt supra est
dictum, & tradit loquendo in iudice & arbitro Ro
deric. Suarez allegatione 1. fol. mihi 114. col. 1.
19 Secundo † principaliter est videndum vtrum
detenti in carceribus licite possint literas familia-
res absentis recipere nec ne, & vtrum iuramento
ipsorum quod eas ruperint, sint liberi? Circa quod
respondeo, in iure non inueniri prohibitum deten
tis recipere dictas literas absentis, eisque lacera-
tis, non teneri ipsas recipientes exhibere, quia
aliàs esset ad impossibile eos obligare: nec præ-
sumptio aliqua est sumenda ex hoc contra ipsos,
quandoquidem non constat ex eisdem literis de-
lictum exquiri posse, nec eas occultari, vt veritas
tegeretur, imo iuramento ipsorum constat con-
trarium.
20 Cui † standum est cum sit circa ea, quæ in ani-
mo eorum consistunt, nempe circa tenorem lite-
rarum, & lacerationem ipsarum iuxta glossam
ordinariam in §. sed istę quidem in versic. nam-
que sient glossa magna in versic. reliqua cõsistunt
in intellectu instit. de action. Quod etiam tenent
aliæ septem glossæ relatæ per Ias. ibi num. 88. vbi
etiam allegat Bart. & alios Doct. in pluribus lo-
cis. Alias quatuor similes refert Additio Aleia.
regul. 3. præsumpt. 16. in princip. qui idem sequi-
tur: & gl. illa ad hoc allegatur semper secũd. Ioan.
de Platea ibi ad fin. Angel. num. 10. Ias. d. nu. 88.
Gomez. columna fi. Zasi. nu. 22. & est vulgaris, &
semper allegata secund. eundem Ias. in l. pro hære
de in princip. num. 15. ff. de acquirend. hæred. &
secundum Tiraquel. de vtroque retract. tit. de re-
tract. municip. §. 4. gl. 1. nu. 5. Marant. in reper. l. is
potest, nu. 319. ff. de acquirend. hæred. & eam se-
quuntur infiniti alij authores. Quod procedit præ
cipue in nostro casu, in quo nulla præsumptio do-
li, vel culpæ est contra reos: cum sit ordinarium a
rumpere literas missiuas postquam leguntur, &
qui facit quod fieri consueuit, culpa caret, vt in c.
cum venerabilis, de consuet. & ibi doct.

Præmaxime, quod & si interpretari velimus,
quòd scribere sit loqui, dicti rei non scripserunt
epistolas, sed sibi missas legerunt; & quamuis lo-
qui esset prohibitum in proposito pœnaque ali-
qua pro eo statuta esset, extendi minimè debe-
ret ad scribentem epistolas, multoque minus ad
recipientem eas, quia lex vel statutum aliave quę-
uis dispositio pœnalis extendi non debet ad alium
casum in quo non loquitur, pęnę enim sunt odio-
21 sæ ac proinde restrigendæ. Et quod † prohibitus
loqui non censeatur prohibitus scribere probatur
argumento tex. in l. Paulus, ff. de legat. & ibi Bart.
notat, & Bald. in authen. habita, num. 19. C. ne fil.
pro patre, & Barbat. in l. 1. columna 7. ff. de verb.
obligat. nec obstat glossa. in ea. constitutionem, de
22 sententia excomm. in 6. cum similib. Quia † tunc
prohibitum est, scribere ad aliquẽ quando est pro
hibitum ei loqui, vt excommunicato, vt breuius
resipiscat & conuertatur, vel si scriberetur ad ini-
micum, vel proditorem reipublicæ contra ipsam
rempublicam vel ad homicidium committendũ,
vt per Doct. in l. 1. ff. de verb. oblig. & in l. scienti,
ff de parrici. & in l. 1. ff. ad l. Iuliam mai. late Vil-
ladieg. in tractatu de legat. in 1. quæstione partis
3. nu. 5. cum sequentibus fol. 168. in 14. volumine
tractatu diuers. Doct.
23 Præcipue, † quia non est prohibitũ loqui delin-
quentibus, nec eis alimenta præstare causa misera
tionis, imo est licitum & permissum, quoniam tan
tum est prohibitum receptare delinquentes, eos-
que dolo occultare iudici, vt delicta remaneant
impunita, vt constat ex omnibus iuribus & docto-
ribus, qui in hac materia loquuntur, & præcipue
ex Anto. Gomez 3. tomo cap. de homi. num. 50. &
bene ex Auendan. lib. 2. c. 7. præt. per totum & præ
cipue, nu. 2. & 11. de quo dolo & malitia constare
debet, aliter enim ignorantia præsumetur, non ve-
ro culpa, nec delictum in loquentibus, & recipien-
tibus delinquentes, ipsisque ministrantibus victũ
& potum ex regula vulgata text. in l. merito, ff.
pro socio.
24 Et † alleganti dolum vel culpã incumbit onus
probandi, vt in l. quoties, §. qui dolum & ibi gl. &
Doct. ff. de probat. & in alijs iuribus vulgaribus.
25 Et † de iure huius regni ad hoc vt receptator
incurrat in pœnam receptatoris requiritur, quòd
iudex petat ab eo delinquẽtem receptatum, & sibi
negetur & occultetur per l. 6. titulo 11. lib. 1. or-
din. veter. & l. 3. & 4. titulo 17. & l. 36. titulo fi. lib.
8. ordin. veter. hodie l. 2. & 4. titulo 16. & l. 6. tit.
22. lib. 8. nouæ recopil. reg. per quæ iura ita tenet
Auendan. vbi supra, nu. 2. Quibus si extantibus
multo minus erit prohibitũ recipere epistolas fa-
miliares absentium ob delicti causam, dolo non
probato contra recipientes eas, nempe quod ipsas
habeant & exhibere recusant, ne delictum reue-
letur, quod minime probatur in proposito, imo
contrarium constat declarationibus iuratis reo-
rum, quibus standum est per supradicta. Præte-
rea minime probatũ existit, quòd absens qui scri-
psit dictas literas sit delinquens, sed tantum famu
li ipsius, quo casu etiam si ipse receptaretur non
incurreret receptans vllam pęnam, quia oporret
26 ad hoc, vt † receptans eam incurrat, vt probetur
receptatum esse delinquentẽ & scientia receptan-
tis, vt constat ex omnibus iuribus, & doctoribus in
materia loquentibus, præcipue ex Anton. Gomez
& Auendan. vbi sup. num. 4. & 11.
27 Vbi † dicunt, quòd probabilis ignorantia, quòd
ille non sit delinquens, excusat à pęna receptatio-
nis, quia vera & non præsumpta scientia requiri-
tur,

tur, quod sit delinquens, quod etiam iure regni probat text.in d.l.36.tit. fi. libro 8.ordin. veteris. Quod si hoc ita dispositum est respectu personæ ipsius absentis, à fortiori idẽ intelligi debet de ipsius epistolis ad amicos missis. Tertium dubium est, vtrum dicti rei teneantur exhibere, & facere comparere personaliter coram domino iudice, famulos proprios absentes, cum sint homines liberi & extra ministerium & famulatum dictorum reorum?

28 In † quo respondeo negatiue: nempe minime ipsos teneri exhibere præd. famulos. Primo per text.optimum in l.apud antiquos ad fi.vers.de eo autem, C.de furt.& seru.corrup. præsupposito, q̃ dominus, cuius seruus dedit noxam alij vel commisit furtum vel aliud delictum, tenetur pro eo soluere damnum, aut ipsum seruum dare pro noxa, vt est textus in l.1.& per totum, ff.de noxalib. actio.& in princip.instit.eod.tit. dicit nunc tex.in d. vers. de eo autem: quòd dominus non tenetur pro eo quotiescunque famulus suus est homo liber & suæ potestatis, qui commisit delictum, & quod est impossibile nostrisq; legibus incognitũ mouere hoc casu actionem contra dominum: idẽ etiam probat tex.in l.noxali iudicio, ff.eodem tit. de noxal.& in l.confessionibus.in fin. ff. de interrog.act. Ecce ergo iura expresse probantia, quòd dominus non tenetur pro famulis suis liberis hominibus delictum committentibus, nec suscipere iudicium, nec ipsos dare aut exhibere. Et ita inuenio per illa iura tenere Bald.in l.1.ff.ne quis eũ qui in ius voc.&c. dicens, quòd dominus non tenetur ex noxa & delicto alterius, famuli uel serui; & ibi Ias. nume.3. plures allegans eum sequitur, idem Ias.in l.1.num.1.ff. si ex noxal.causa agatur vbi ampliat etiam si famulus sit bona fide possessus pro seruo.

Secundo per tex.in l.2.C.ad exhiben. Vbi probatur, quòd si alicuius seruus de crimine aliquo postuletur, dominus non debet eum celare, sed exhibere. Itaque quando dominus habet famulum suum in sua potestate, qui de aliquo crimine impetitur non debet eum celare, sed exhibere: ergo à contrario sensu manifestissime ibi probatur, quòd si famulus sit homo liber & non seruus, ita quòd non sit domini potestati subiectus, præcipue cum sit absens non teneatur eum exhibere. Sed in nostro casu, famuli sunt homines liberi non serui, ipsique minime celantur a dominis suis, sed aufugerunt, ita, vt non sint nec in potestate, nec seruitio dominorum, ergo eos exhibere non tenentur nec possunt.

29 Tertiò † quia iudex, qui est officialis publicus & ratione sui officij tenetur famulos suos exhibere tempore syndicatus, quia tenetur pro eis, si tñ ipsi deliquissent in aliquo & aufugissent, nõ teneretur hoc casu eos exhibere, quia nemo tenetur ad impossibile, neque ad casum fortuitum, qui nocere non debet bono viro. Ita tenet Catald. in tract.syndicat.quæstio.264.& Amodęus Iustin. in eodem tractatu in parte, qui dominus, potestas & officialis.in versi.statutum.

30 Quartò, † quia solum dominus tenetur exhibere famulum quando ipsum præposuit alicui officio, vel ministerio & in eo deliquit, vt tenent Bar. & Bal.in l.1.§.familię.ff.de public.& vectigal.vbi inquit Paulus, quòd dominus non tenetur pro famul.aliàs delinquente extra illam rem, & tenet Bald.in l.obseruare, §.proficisci. ff. de officio proconsul.& legat. Imo etiam si delinquat in præd. officio publico, cui præpositus est, si accusetur criminaliter, dominus non tenetur eum exhibere, vt tenet glossa in d. §.proficisci.

31 Quinto † quia tunc potest pati ab aliquo, vt exhibeat hominem liberum, quãdo eum detinet, vt per totum tit.ff.de lib.homin.exhib.& tunc debet probari detentio, & possessio ab eo, qui exhibitionem petit, vt in l.3.§.fi.ff.ad exhib.& ibi Doct. Ias.in §.pręterea nu.47.instit.de action.

Ex quibus omnibus infertur iniuste iudicem protulisse sententiam, qua reis præcepit, vt exhiberent præd.literas, quas receperunt, & suos famulos absentes, præcauendo quòd alias ipsos reos haberet, & habeat pro perpetratoribus, participibus & auxiliatoribus dicti delicti: à qua sententia extat legitime appellatum, quia habet vim diffini-
32 tiuæ, quo casu licita est appellatio. Quia † quotiescunque sententia interloquutoria habet vim diffinitiuæ, idem iudicatur de ea quod de ipsa diffinitiua, vt late tradit Bernard. Diaz de Lugo in regula.353.in princ. Quo fit, vt licita sit appellatio, vt plures allegans tenet Marant.de ordin.Iudic.sexta parte prin.C.de appellat.nume.130. fo. 179. Et cum habeat locum appellatio à præd.sentẽtia, iudex perquisitor minime potest in ipsa sententia diffinitiua mouere animum suum ad condemnandum dictos reos per dictam sententiam, quam appellant interloquutoriã, existimans sufficere culpam, quam eis ipsemet imponit in pręd. sententia, etiam si aliter ipsa non probetur: quoniam & iustum præceptum fuit & ab ipso legitime extat appellatum, sicque causa deuoluta ad superiores fuit.

33 Tum † vel maxime ex eo, quoniam reis non potest alia culpa imponi, quam illa, quæ liquidis & perspicuis probationibus probata extiterit, vt in l.fi.C.de probatio.& in l.26.tit.1.partita 7.& 8.tit.31.partita 7.& l.12.tit.14.partita 3.& l.10.
34 tit.11.partita 3. Pœna † etiam suos tantum debet tenere authores, vt in l.sancimus, C.de pœnis. & in l.9.tit.31.partita 7. Imo iudex ex officio omnibus vijs tenetur inquirere defensionem reorum absentium sicut & culpam & se informare de innocentia reorum vt in pragmatica, *de la orden iudicial contra los absentes*, cauetur, quæ hodie est l.3. titul.10.lib.4.nouæ recopilat.regię. nec delictum præsumi debet vbi id non est, vt in d.l.merito, ff. pro soc.

35 Et † ratione dubij quis ex duobus commiserit delictum, quamuis constet vnum ex eis commisisse, ambo absoluendi sunt, etiam si delictum remaneat impunitum: & hoc fauore innocentiæ, vt in

l.absentem,

l. absentem. ver. satius, ff. de pœnis. optima l. 9. titu. 31. partita 7. versi. *e aun dezimos*, vbi asseritur, *que los iuzgadores deuen estar mas inclinados, è apareiados para quitar los omes de la pena que para condenar los en los pleytos, que claramente no pueden ser prouados o que fueren dubdosos: ea mas sancta cosa es e mas derecho de quitar al ome dela pena que meresciesse por yerro que ouiesse hecho que darla al que no la mereciesse, ni ouiesse fecho alguna cosa porque.*

Et per text. in dicta l. absentem, versiculo, satius, inquit glossa ordinaria in l. item Mella. §. sed
36 si plures, verb. plures, ff. ad l. Aquil. quòd † quando vnus ex pluribus deliquit, nec inuenitur delinquens, nullus debet puniri, cuius opinionem dicit communem Hippolytus consilio 24. & Parisius consilio 148. volumine 4. Quo igitur iure fundari potest dictum iudicis præceptum imponendo ipsis reis ex suo capite & fictione culpam, quæ non est probata? aut quo pacto potuit ipse solus, eos delinquentes facere? nullo profectò. Quarto dubitatur vtrum ex depositione dicti ministri iudicis asserentis se vidisse dictum assertum delinquentem, qui est absens, alloqui ad aures cum præfatis reis dominib. d. domini Federici, & illico surrexisse & fugisse, inducatur aliqua præsumptio contra ipsos reos?

Cui respond. nullam ex hoc induci contra reos culpæ præsumptionem. Primò quia non est credendum dicto testi per omnia supradicta aduersus ipsius depositionem.
37 Secundò † quia etiam si probatum esset pluribus testibus quod asserit d. minister iudicis, adhuc reis non noceret: quoniam doctrina Bart. in l. si vẽtri, §. fin. in fine, ff. de priuileg. cred. & sequacium, quæ videbatur nocere, loquitur, & procedit tribus concurrentibus copulatiue, nempe loqui ad aurem secreto, & quòd sic alloquens sit inimicus offensi, & quòd postea statim committat delictum, vt tenet & declarat Ias. in l. 1. num. 35. in 5. limitatione, C. de seruis fugit. vbi inquit esse hanc mirabilem limitationem, & tenendam fixam cordi, & Ripa in d. l. si ventri, §. fin. nu. 4. & Petrus Placha de delictis, c. 14. nu. 6. folio 131.
38 Itaque † si alloquens secreto non erat inimicus offensi, non præsumitur aduersus eum quòd mandauerit, vel consuluerit committi delictum, vt tenet Bald. in d. l. 1. numero 10. C. de seruis fug. Marcus Anton. Blanc. in tractatu de indicijs nu. 232. cum sequentibus fol. 76. & Brunus in eodem tractatu de indicijs in 3. quæstione. primæ partis numero 36. & 37 folio 93. volumine 10. tractatu diuers. Doct. & plures allegans Ludouic. Carretius in sua practic. crimina. in 10. indicio per totum. & iterum in eadem practica, in tractatu de homicid. §. incip. circa secundum, num. 16. & 22. & iterum num. 32. folio 142. & 143. & in §. sequitur de consulente num. 11. folio 157. Cum igitur probatum non sit, quòd dicti rei essent inimici offensi, non debet contra eos præsumi mandatum nec consilium committendi delictum.
39 Pro † quo facit doctrina Baldi, in l. 1. num. 33. C de seruis fugit. vbi ait quòd quando consilium potest verisimiliter se habere ad bonum & ad malum, ille qui dat consilium potest illud interpretari, imo etiam absque interpretatione hominis lex interpretatur in meliorem partem argumento l. merito, ff. pro socio, & in l. fi. tit. 10. par. 5. vbi probatur quòd in dubio nunquam præsumitur delictum. Quod dictum Baldi refert & sequitur Alex. consil. 220. incip. quoniam abunde volumine 2. Ias. in d. l. 1. nu. 34. C. de seruis fugit. vbi numeris sequentibus late & confirmat & maxime commẽdat, sequitur etiam Alciat. alios allegans reg. 3. præsumptione 1. num. 1. Cum igitur dicti rei cum iuramento declarauerint, quod tunc agebant & loquebantur cum præd. asserto delinquente, ei standum est, maxime cum ius illud interpretetur in bonam partem.
40 Quinto † dubitari potest, vtrum dominus Federicus, eo quòd aufugerit de domo sua dictus absens, teneatur exhibere eximentem? In quo dicendum est, non esse dubium quin dominus Federicus ad id minime teneatur ex omnibus supra adductis, & præmaxime, cum non sit probatum quòd vllus vi exemerit delinquentem de manibus familiæ iudicis, nec quòd fuerit captus in domo dicti domini Federici, quia solum id testatur minister iudicis, cui non est credendum per omnia supra dicta circa ipsius depositionẽ, neque quòd præd. absens commiserit dictum delictum.
41 Cum † igitur non constet de delicto, non est agendum de pœna, vt tradit Ias. in l. ius iurandum quod ex conuentione, §. fi. nu. 23. ff. de iur. iurand. latè Cæpola in repet. auth. sed nouo iure, num. 70. C. de seruis fugit. & Hippoly. consi. 8. lib. 1. & late Carrerius alios allegans in sua practica crimin. in tract. de homicid. §. & nota doctrinam nume. 10. & num. 237.
42 Neque † obstat, quòd l. 3. titul. 17. lib. 4. for. & l. 13. tit. 13. lib. 8. ordinamenti vet. & l. 54. & 102. styli decidant, dominum domus, vbi reperitur homo occisus, vel vulneratus, teneri præstare authorem, vel pro eo respondere: quoniam in domo domini Federic. non fuit repertus homo occisus, nec vulneratus: ideo non est agendum de hoc, cum casus dictarum legum sit exhorbitans & pœnalis & sic extendi non debeat ad alium, vt in l. si vero, §. de viro & ibi Docto. ff. solut. matri. Doct. præcipue Ias. in authentica quas actiones, C. de sacros. Ecclesijs. Quinimo in casu dictarũ legum quamuis dominus domus autorem non ostendat, non ideo condemnandus venit, quia iudex ex officio debet inquirere contra ipsum: quòd si probationes non inuenerit, & in dubio absolui debet dominus domus per supra dicta: & in terminis sic intelligit leges illas Montal. in d. l. fori, gl. 1.
43 Item † d. leges regiæ debent intelligi in hominibus malæ famæ, & consuetis similia perpetrare, vt per Bald. in l. 1. §. 1. ff. de offic. præfect. vigil. & Alex. in addit. ad Bart. in l. ædiles, ff. de via public. Angel. in tractatu malef. in parte fama publica. nu. 53. & Hippolyt. consi. 52. & 72. & simil. 392. & in

& in l.qui falsam.nu. 114.& sequētibus,ff.de fals. quod cessat in domino Federico,prout est noto-
44 rium & probatum. Prętereà † dictæ leges permittūt,imò reseruant domino domus ius proprię defensionis. Hoc autem optime deduxit & probauit d.dominus Federicus, nempe, quod solitus sit fauorem & auxilium præstare regalibus iudicib. & nūc in præsenti casu statim quòd fuit petitum, præstitit; quamuis assertus delinquens sua bona fortuna & diligentia pedum adhuc euaserit: sicq; nulla culpa imputari potest d. domino Federico, nec posset,quamuis in sua præsentia, cōsanguinei vel familiares ipsius casu, absque ipsius mandato consilio vel fauore,aliquod delictum cōmisissent, quia non poterat prohibere, vt tenet Abb. in cap. cum causam,nu 19. & in cap.constitutis el 1. nu. 3.de testibus. Felinus late in cap. Petrus.de homicid. vbi alios Docto. allegat: pro quo est bonus text.in l.nullum ,ff. de regulis iuris, vbi dicitur, Nullum crimen patitur is, qui nō prohibet,cum prohibere non possit. Septimo est videndū vtrum rei tacendo, quādo minister iudicis eisdem dixit, *estos caualleros me le banquitado*, visi fuerint con-
45 sentire,& sibi in aliquo præiudicare? In † quo dicendum est,quòd nō, quia neque est legitime probatum,nec si probatum esset,noceret eisdem propria taciturnitas in re sibi adeo præiudiciali per text in l. penultima, ff.de furt. per quem text. & alia iura,ita tenet Bart.in l. quæ dotis num.24. ff. solut.matrimo.& ibi Ias.nu.104.Fel.in c.nonne? num. 11. de præsumpt.& num.12. ampliat etiam vbi quis poterat contradicere, nam & si taceat non præsumitur consensus.

Quibus omnibus attentis non est habenda consideratio damnorum, quæ petunt offensi, cum rei sint innocentes,& quod petitio sit extra rem,vt in l.si sterilis, §.cum per venditorem, ff.de act.empt.

46 Præmaxime, † quòd etiam si membrum remaneret debilitatum offensis,adhuc sibi a delinquentibus non deberentur operæ nec aliquod interesse ratione ipsarum, cum non sint officiales, vt tenet Ioan. And.in addit.ad specul.in ti.de iniurijs, §.2.num.5.in versiculo,quid si nullam artem exercet, litera B. vbi inquit,quòd nullæ operæ æstimabuntur. Hoc etiam constat ex Azone in summa institutio. de obligat.quæ ex quasi delict.nasc.nu. 11. & C.ad l. Aquil. & ex Marant.de ordine iud. 4.part.princip.1.distinct.num.4.folio 81.& tenet Ant.Gomez cap.3.de homicid.num.37.& iterum cap.6.de iniur.nu.9.& est hodie expressa l.6.ad fi. tit. 15. part. 7. à contrario sensu,quod est fortissimum argumentum,vt in l.1.ff.de officio eius,&c. Hæc causa fuit decisa & d. dominus Federicus fuit in totum absolutus: cæteri vero rei præsentes condemnati extraordinarie,& pro sua parte extitit appellatum.

SVMMARIA.

1 *Chirographum habitum pro recognito a iudice ob cōtumaciam partis,habet paratam executionem.*

2 *Verba instrumenti receptionis pretij an reddantur falsa si testes dicant nullum fuisse pretium numeratum in sui præsentia? & num.4.*

3 *Instrumentum non est falsum, quod in se habet primordium veritatis.*

4 *Falsum non committitur absque dolo.*

5 *Quotiescunque aliqua causa subesse potest etiam iniusta,excusatur quis a dolo.*

6 *Notarius committens falsitatem, non quidem dolose, sed culpabiliter ob amorem paternum in ipsius defensionem, non punitur de falso, ne priuetur officio, sed extraordinarie mulctatur arbitrio iudicis.*

7 *Error excludit dolum, & in dubio potius præsumitur error quam dolus.*

8 *Regula text.in l.1.C.ad l.Cornel. de fals. quæ habet, quòd probato delicto præsumitur dolus, fallit in notario accusato de falso, vbi non constat de animo nocendi seu delinquendi, & num.12.*

9 *Falsitas non præsumitur, vbi agitur de modico præiudicio, & paruo interesse.*

10 *Delictorum cum plura sint genera, non solet quis moueri ad delinquendum sine aliqua causa eum impellente, & dolus non solet committi sine animo lucrandi, & num.12.*

11 *Cessante causa doli, debet cessare doli præsumptio.*

12 *Notarius si apposuerit vocationem suorum in testamento, etiam si probatum sit testatorem suos non vocasse, ex hoc non potest dolus contra notarium considerari, ex quo doli causa nulla verisimilis imaginari potest, sed præsumeretur notarium apposuisse per simplicitatem aut errorem, & sic deliquisse per culpam, non per dolum.*

13 *Quęlibet causa licet iniusta, excusat a dolo.*

14 *Quælibet credulitas etiam fatua excusat à dolo, & bona fides potest causari etiam ex iniustis & temerarijs causis.*

15 *Qualibet causa etiam minima, iusta vel minus legitima excusat a dolo.*

16 *Qualibet causa, etiam iniusta & bestialis excusat à dolo.*

17 *Qualibet causa licet iniusta excusat etiam a mulcta.*

18 *Tāta est iudicialis authoritas, vt pro ipso semper pręsumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur.*

19 *Falsitas, quæ alteri damnum, nec infert, nec inferre potest non punitur.*

20 *Verbis notarij, de ijs, quæ tempore instrumenti geri nō potuerunt non creditur.*

21 *Falsitas non nocet quando committitur circa id, quod de se non probat.*

22 *Imò hoc casu nec extraordinariè puniri debet falsum committens.*

23 *Falsitas non nocet commissa circa scripturam, quæ à principio non faciebat fidem, etiam si postea ex statuto superueniente fidem faceret.*

CONSILIVM XXXVII.



Ceusatut Tabellio, quòd in præcepto iudicis de tradenda possessione virtute cuiusdam sententiæ, vulgo dictæ (de remate) retulerit quædā, quæ minime

ita se haberent in processu, veluti quòd exequutio fuisset facta virtute chirographi recogniti à parte, cum tamen verè & realiter recognitum non fuerit, sed pro tali habitum à iudice propter contumaciam debitoris citati ad recognoscendum. Item asseruit, quod præconia iuridice essent præstita, seu facta, & quod pars fuit citata ad videndũ fieri vltimam pignorum licitationem, & quòd comparuit, & se opposuit exequutioni, & sibi à iudice fuerunt assignati decem dies & alia huiusmodi, quæquidem minime se ita habebant: quamuis verum est iudicem protulisse præd. sententiam, & iussisse tradi creditori possessionem bonorum debitoris captorum pro præd. exequutione. Errauit tamen tabellio in narratione actorum, ob quod accusatur de falso. Viso processu absoluendus est dictus tabellio & liberandus à præd. accusatione, & quamuis aliqua, leui tamen pœna propter negligentiam condemnetur, declarari tamen debet falsitatem abesse atque dolum, idque sequentibus fundamentis.

Primò, quia nullum delictum potest considerari circa primam assertionem, nempe quòd exequutio fuerit facta virtute cuiusdam chirographi
1 recogniti a parte, quandoquidem † eandem vim habet ad hoc, vt habeat paratam exequutionem, quòd sit recognitum, vel pro tali habitum in contumacia, tum iuxta stylũ huius tribunalis, prout est probatum; tum etiam iuxta iuris dispositionem: quoniam non debet esse melioris conditionis contumax quam comparens, & recognoscens, vt expresse disponit l. vnic. in princip. tit. 9. lib. 8. ordin. & in specie nostra probat Petrus Rebuff. t. to. super constitutiones regias in tractatu de chirogra. num. 98. & eum referens D. Couarr. lib. 2. var. resol. c. 11. num. 4. ad fin. Didac. Perez in l. 4. vers. quid obsecro iuris erit, tit. 8. lib. 3. ordin. colum. 1090. Auendan. 2. parte cap. 30. prætor. num. 4. Quod cum ita se habeat minime deliquisse videtur tabellio in præd. assertione, quod optimo simili comprobatur.

2 Quia † verba instrumenti receptionis pretij nõ redduntur falsa etiam si testes dicãt nullum fuisse pretium numeratum in sui præsentia: quia possunt saluari in receptione ficta, quæ fit per conuersionem vnius debiti in alterum, vt tenet Bart. in l. prædia, nu. 3. ff. de acquir. poss. quem sequitur Mõtal. in l. 1. tit. 12. lib. 4. fori, idem Bart. loquens in verbis instrumenti, dedit, & mutauit, in l. singularia, nu. 21. ff. si cert. pet. vbi Ias. nu. 45. alios referẽs dicit æquiorem contra Bald. sequitur Paulus de Cst. cons. 120 nu. 3. vol. 1.

3 Vbi † nu. 4. inquit non esse falsum instrumentũ, quòd habet in se aliquid veritatis, hoc est primordium veritatis, vt inquit Aymon Crau. cons. 46. nu. 8. lib. 1. vbi intelligit, quando factum non fuit mutãdo veritatẽ ob debitũ falsum: imò ob verũ pro quo nullo modo literę pręceptorię negari poterant, sicut contingit in proposito, quia verum debitũ præcessit, sicut ipsemet debitor fatetur in libello a se in iudicio producto, ob cuius cõfessionẽ & ob interloquutionem Iudicis, qua habuit pro recognito d. chirographum, literæ exequutionis, faciendæ & tradendæ possessionis, concedendæ necessario erant, pro vt concessæ fuerunt, iuxta stylum, & consuetudinem dicti tribunalis & doctorum iuridicam præfatam determinationem: ergo nullo modo potest dici falsum commisisse dictum notarium. Et quamuis contra Bart. in d. l. prædia, d. nu. 3. referat esse communem Addit. ipsius ibidem, & Iulius Clarus in sua practic. criminal. lib. 5. §. falsum, versiculo notarius, tamen in proposito tabellio falsarius minimè dici potest, cum ipsius assertio, de qua agimus iuuetur primordio veritatis, nempe quia debitum est verum, & debitor ipse in præd. libello id recognouit, & sic necessariò erant concedendæ pro præd. debito literæ supra dictæ, vt tradit Aymon vbi supra & præterea fatetur ipsemet Iulius Clarus in vers. præterea excusatur testator, vbi supra asserens, quòd non potest dici falsum illud, quod iuuatur primordio veritatis.

Præterea idem Tabellio à cæteris defenditur, quoniam ipse probauit cætera acta causæ coram alijs tabellionibus gesta fuisse, non verò coram se, sicque potuit credere, rectè gesta fuisse, quandoquidem approbata fuerunt à iudice, maximè quia testibus probauit citationem præfatam, cuius defectus sibi imputatur, realiter factam fuisse, quamuis scripta non appareat.

4 Secundò, † & principaliter, quòd Tabellio supradictus nullam in prędictis commiserit falsitatem, sicque nullo modo pœna falsi imponenda sit, tribus præcipuis rationibus probatur. Prima est, quoniam falsum non committitur sine dolo, l. 1. in princip. & in l. impuberem in princi. ff. de fals. Cynus, & alij Doct. in l. neque exemplum. C. eodẽ tit. est cõmunis secund. Iulium Clarum in practic. criminal. §. falsum vers. excusatur autem: probat bene Paulus de Castr. cons. 157. nu. 1. vol. 1. idem Paulus de Cast. loquens in notario cons. 371. nu.
5 5. vol. 1. Vbi † etiam dicit, quòd quoties aliqua causa subesse potest etiam non iusta, excusatur quis à dolo, iuxta glossam magn. in fine l. 1. ff. si quis ius dicenti non obtemper. de qua inferius dicetur.

6 Tandem † cõcludit Paulus, quòd quando notarius nõ fecit dolose sed culpabiliter ob amorem paternum in ipsius defensionem (quo casu voluntas clara videtur interuenire mutandi veritatem) nihilominus, inquit ipse, mitius agẽdum esse cum eo, vt non puniatur de falso, ne priuetur officio, quod est magna pœna capitis, & honoris, diminutio, vt in l. testamento, §. Cẽturio, ff. de testamento milit. Sed posito, quod probaretur mutasse veritatem, quadam extraordinaria mulcta mulctãdus esset ad arbitrium iudicis, quia propter culpam non punitur quis criminaliter & ordinarie, sed extraordinariè, vt ibi bene probat. Sed in præsenti nullus animus mutandi veritatem interuenit, nec causa tangebat consanguineum, affinem, nec amicum ipsius notarij: igitur non est præsumẽdus do-

lus

lus in eo:ac per consequens falso, nec criminaliter debet puniri, nec forsan extraordinariè, ex ijs quę infra dicentur. Idem tenet loquens in notario inquisito de falso idem Paulus de Castr. consil. 364. per totum, volumine 2.

7 Vbi † inquit, quod error excludit dolū, & quod in dubio potius prȩsumitur error quam dolus. l. penultima, C. de ijs, qui sibi in testam. adscrib. & l. senatus, eodem tit. Nam frequēter contingit, quòd notarij per errorem omittunt aliqua scribere in instrumento etiam de pertinentibus ad eos. Et tandem concludit, quòd posito, quod deliquisset non meretur pœnam falsi corporalem, sed leuem extra ordinariam ratione culpæ, non doli. Addi. Rolan. à Valle consi. 38. nu. 31. lib. 1. cum glossa & Marsil. quem refert, quod notarius in dubio non præsumitur falsarius, & nume. 39. cum Bald. & alijs, quòd potius præsumitur ignorantia, vt euitetur falsitas.

8 Neq; † obstat, si dicatur, quòd probato delicto præsumitur dolus, iuxta l. 1. cum materia, C. ad l. Cornel. de sicar. quia licet id sit regulariter verum in delictis, fallit in notario accusato de falso, vbi non constat de animo nocendi, vel delinquendi, sicut in nostro casu cōtingit, quia nec cōstat, nec probatur, quod dictus tabellio fecerit præd. assertionem animo nocendi alicui: imo probatum existit, quòd si aliquis defectus interuenit, id minime fuit dolo nec malitia, sed potius negligentia: sicque potius præsumitur error quam dolus vt asserit Paul. de Castr. d. consi. 364. vol. 2.

9 Item † vbi agitur de modico præiudicio, & paruo interesse non præsumitur falsitas, quia non subest causa verisimilis, quod pro modico voluerit quis falsum aut fraudem committere: falsitasque non præsumitur dolo commissa à notario, nisi quā do aliquod emolumentum committens falsum consequitur, quia falsitas nō potest committi sine aliqua causa.

10 Nam † delictorum cum plura sunt genera, non solet quis moueri ad delinquēdum sine aliqua causa eum impellente, & dolus non solet committi sine animo lucrandi, vt pluribus relatis resoluit Roland. à Valle consil. 38. nu. 37. & sequentibus lib. 1. & Aymon Crauet. consi. 75. nu. 13. & 14. lib. 1. plu-

11 res allegans: vbi † etiam quòd cessante causa doli debet cessare doli præsumptio, vt in terminis ad excusandum notarium allegat Socin. consi. 277. col. 1. versic. & super hac varietate lib. 2. qui est omnino videndus. dicens, quòd iura potiùs præsumunt errorem in tabellione, quam dolum, nisi aliter probetur, vt in l. quoties, §. 1. & ibi Barto. & alij, ff. de hæred. instit.

12 Vnde † infert Crauet. vbi supra num. 14. quod si notarius apposuerit vocationem suorum in testamento, etiam si probatum sit testatorem suos non vocasse, ex hoc non potest dolus contra notarium cōsiderari, ex quo doli causa nulla verisimilis imaginari potest per supra dicta: sed præsumeretur notarium apposuisse per simplicitatem, aut errorem, & sic deliquisse per culpam, & non per dolum.

Item quòd dolus non soleat committi sine animo, & causa lucrandi, & quod falsitas non præsumatur dolo commissa à notario, nisi quando committens falsum, consequitur aliquod emolumentum tenet cum alijs nouissime idem Roland. à Valle consi. 11. nu. 56. & sequentibus lib. 3. & quod cesset præsumptio falsitatis, quādo ex ea nullum quis consequitur commodum, tenet alios allegans Aymon. d. consi. 75. num. 17. Sed in proposito nullum commodum neque lucrum reportauit notarius hic accusatus, nec maius interesse cōsequutus fuit ex d. relatione, quam si facta non fuisset, vt optime probatum existit in processu, igitur neque dolus, neque falsitas commissa est.

13 Tertio † respondeo ad d. l. 1. C. ad l. Cornel. de sicar. quod licet præsumatur dolus probato delicto, à dolo tamen excusat quælibet causa, licèt iniusta, vt tenet gl. in l. Plagij la 2. verb. iusta ducti, C. ad l. Flauiam de plagiar. dicens, quod quælibet ignorantia etiam iuris excusat à dolo: & est communis regula secund. Curt. Iun. in l. 1. nume. 6. ff. quod quisque.

14 Vbi † addit. quod imo quælibet credulitas etiā fatua excusat à dolo, & quod bona fides potest causari etiam ex iniustis, & temerarijs causis, dicens menti tenendum ex testimonio Baldi.

15 Et † quęlibet causa etiam minima iusta & etiam minus legitima excusat a dolo, vt late tradit Matth. de Affl. decis. Neapol. 360. num. 6.

16 Et † quòd quælibet causa etiam iniusta, & bestialis excuset à dolo, testatur communem plures referens domin. Ant. de Padilla in l. si quis maior. nu.

17 42. C. de transact. Quælibet † etiam causa, licèt iniusta excusat à mulcta, gl. 1. in l. satisque, ff. de in ius voc. similis in l. 1. verb. hoc iudicium in fine, ff. si quis ius dicenti non obtemp. vbi Doct. eam sequuntur. Et illa gl. solet ad hoc semper allegari secund. Paul. in §. 1. illius l. n. 4. sequitur Orosc. in d. l. vnic. §. fi. nu. 7. refert Ias. in d. §. qui iurasse in

18 princ. nu. 6. Sed † notarius hic satis causę habuit credendi omnia solennia interuenisse in ipsa exequutione propter sententiam iudicis (de re male vulgo dictam:) quia tāta est iudicialis authoritas, vt pro ipso semper præsumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur, in c. in præsentia de renuntiat. igitur excusatus remanet notarius.

19 Secunda † & principalis ratio in fauorem d. notatij accusati est huiusmodi. De falsitate quis puniri non potest, nisi talis falsitas sit alicui nocitura, nam si alteri damnum non inferat, nec possit inferre, licèt falsum commissum sit & dolose, tamen talis falsitas non punitur iuxta tex. & glossam Cyn. Bart. Bal. & Salic. in l. damus, C. de fals. Ang. in tractatu de malef. verb. falsario, nu. 3. fol. mihi 81. tradit bene Matthæus de Afflict. decis. Neapol. 21. num. 12. & sequentibus, testatur communem plures referens Couar. de pact. in 6. 1. p. §. 7. nu. 6. col. 3. illius. nu. tradit etiam Rol. à Val. consi. 38. nu. 19. & sequentib. lib. 1. Ias. consi. 153. col. 4. lib. 2. quem refert Aymon consi. 46. num. 1.

lib. 5. Et vltra dolum requiri, quòd falsitas sit alteri nociua ad hoc, vt puniatur, tenet etiam Paulus de Cast. consi. 157. nu. 1. & sequentibus lib. 1. testatur communem plures referens, & dicens ita fuisse seruatum per senatum in quodam errore commisso per quendam notarium Iulius Clarus in practica, §. falsum, vers. item excusatur, vbi late agit, an aliqua pœna extraordinaria puniatur, & Bossius tit. de fals. nume. 90. sed in nostro casu ex præd. assertione vel relatione notarij de qua accusatur, nullum alicui damnum illatum fuit; nam etiam absque ea iudex præciperet tradere possessionem bonorum pro exequutione captorum ipsi creditori, virtute d. sententiæ de remate, à se prolatæ, vt est probatum, & præterea est notorium & sic non datur falsitas saltem punibilis: quo fit, vt nec etiam damnum aliquod immediate inferri potuerit ex d. assertione solù, sed ex ipsamet sententia.

10 Tertia † & præcipua ratio in fauorem dicti notarij est: quia non creditur verbis notarij, de ijs, quæ tempore instrumenti geri nô potuerunt, text. in c. quoniam contra. de probat. & ibi Doct. præcipue Innocent. & per Bar. in l. sciendú. ff. de verb. oblig. gl. & Doct. in l. 1. C. de fide instrumen. & iure fisc. fiscal. lib. 10. Paul. de Cast. consi. 186. nu. 2. lib. 1. idem Paulus consi. 428. num. 5. lib. 1. dicens non credi notario asserenti hoc interuenisse, nisi in ijs, quæ tempore instrumenti fieri potuerût, & sic non creditur verbis instrumenti dicentis litem contestatam, iurarum de calumnia, &c. Et hæc est communis regula secund. eundem Paulum, consi. 202. nu. 4. lib. 1. vbi limitat duobus modis; Primo, si tempore confectionis instrumenti, quando aliquid narratur per prius interuenisse, pars præsens & tacens fuit. Secundo, quando non fuit præsens, sed est temporis longinquitas, ita quòd difficulter, vel nullo modo potest probari: quia tunc præsumitur pro narratis in instrumêto, etiam si tempore confectionis ipsius gesta nô fuerint, nec geri potuerint.

11 Sed † sic est, quòd quando falsitas committitur circa id, quod de se non probat, nô nocet, vt tenet Hippolyt. in l. qui falsam, num. 26. ff. de fals. & ex falsitate enim ista super scriptura, cui nulla fides danda est, prout est scriptura priuata (vel adde tu relario instrumêti, de ijs, quæ non potuerunt tempore instrumenti geri vt supra dictum est) nulla pœna venit quis puniendus, glo. & Docto. in l. damus, C. de fals. Paulus de Cast. consi. 130. per totum, vsque in finem, vol. 1. vbi alios allegat. Rol. à Valle plures referens consi. 38. nu. 9. & 19. lib. 1. Crauet. consi. 46. nu. 1. vol. 1.

12 Vbi † quòd hoc casu accusatus neque extraordinarie debet puniri ex consilio Pauli supra proxime relato: testatur cõmunem Iulius Clarus vbi supra versiculo item excusatur, ibi, hinc infertur, vbi etiam an extraordinarie puniatur, Et de scriptura priuata videndus est Bossius in sua practica criminali, tit. de fals. nu. 81. & sequen.

13 Et † inquit idem Bossius, titulo de his, qui sibi ascrib. in testamento, nu. 6. quòd semper ponderatur in proposito, quòd scriptura faciat fidê adeò, vt si etiam à principio non fecisset fidê, & tamen postea ex alio statuto superueniente faceret, cessaret pœna d. tit. dicens esse communem. Quibus simul iunctis cum bona fama, & fidelitate probata dicti notarij quam etiam aliqui ex doctoribus supra citatis considerant, absoluendus venit præfatus notarius saluo meliori iudicio. Placentiæ. 21. mensis Iulij ann. 1574. Hæc causa iudiciali sententia fuit diffinita, qua iudex declarauit viso hoc consilio d. tabellionem dolo caruisse in supra dictis, de quibus accusatur: & propter aliquam culpam & negligentiam fuit condemnatus quadam leui pœna extraordinaria pecuniæ, scilicet, & exilij voluntarij.

* Post huius operis primam editionem ad manus nostras peruenerunt consilia Doctissimi Francisci Becei, qui in consi. 78. per totum lib. 1. alium notarium de falso accusatum defendit ex omnibus præd. rationibus & communibus conclusionibus, quas ibi in terminis probat & plurib. authoritatib. exornat, & præterea ex alijs suo casui opportunis: sicque hæc duo consilia simillima prope in omnibus sunt & multum conducibilia ad defendendum notarios in similibus casibus de falsitate accusatos.

SVMMARIA.

1 *Consuetudo excusat à pœna temporali licet non à spirituali.*

2 *Consuetudo etiam non legitime præscripta, sed quando aliquid fit per quatuor, vel quinque annos & publice licere arbitratur, hoc solum excusat à pœna temporali.*

3 *Consuetudo excusat notarios & alios scribentes a pœna falsi.*

4 *Vnus testis contradicens instrumento (quoad materiã criminalem attinet) non operatur plus quam vt detur iudici materia inquirendi, & capiendi, & quomodo tunc coadiuuetur instrumentum? & nu. 5.*

6 *Testes, quot aduersus instrumentum requirantur ad pœnam falsi imponendam tabellioni, & ad torturã.*

7 *Instrumentum non debilitatur, etiam si testes instrumentarij non recordentur ipsius.*

8 *Facilius fit reprobatio instrumenti, ne ei det ur fides, quam vt falsum arguatur.*

9 *Testes instrumentary si directo contradicant instrumento nemo potest de falso propterea puniri, nec notarius propter testes, nec testes propter instrumentum.*

10 *Testes quot requirantur pro reprobatione instrumenti, & numeris sequentibus & quæ debeant interuenire nu. 12.*

13 *Quando vnus testis in iudicio dixit, non recordari, & extra iudicium affirmauit se recordari, detrahitur eius dicto iudiciali, adeo, vt secundum id sententia ferenda non sit: & non adhibetur ei tanta fides quanta adhiberetur, si contrarium non dixisset extra iudicium, vt in nu. 14.*

15 Te-

15 *Testamentum iure regio valet, & sustinetur, quamuis nullus hæres in eo instituatur, & quis tunc succedat?*

16 *Ratio, quare testes vicini requirantur iure regio in testamento nuncupatiuo.*

17 *Præsumitur quis errore potius aliquid fecisse, quam ex malitia, vt à pœna falsi excusetur.*

18 *Si vnum fuit dictum per contrahentes, & aliud scriptum per notarium, non præsumitur dolose, imò errore factum, nisi alijs circumstantijs aliud appareat.*

19 *Tabellio priuatus, si conficiat instrumenta tanquam tabellio, non punitur pœna mortis, quia habuit primordium veritatis.*

CONSILIVM XXXVIII.



OFfert se nobis defendendus alius Tabellio ruralis, qui accusatur ex eo, quòd instrumenta de quibus à partibus fuit rogatus non impleret. Sed in albo dimitteret scribens solummodo substantiam eorú, & concessionem, *vulgo dicho, el otorgamiento de las partes.*

Sed hoc quamuis l. 13. tit. 25. lib. 4. nouæ copil. regiæ prohibeat, non tamen pœnam imponit in hac parte aliter facientibus, sed contra eos, *que tomando las escripturas por registro o memorial, o en otra manera las dan signadas: sin que primeramente, se assienten en el libro y protocolo.* Et quamuis aliqua pœna imponi posset priori casu, ab ea tamen excusat consuetudo vniuersalis apud omnes tabelliones, qui idẽ faciunt, vt probatum est in processu. Quia
1 † consuetudo excusat à pœna temporali, licèt non ab spirituali iuxta gloss. in c. cum venerabilis, de consuetudin. latissime Ias. in l. de quibus nu. 7. & sequentibus, ff. de legib. idem in l. singularia, num. 46. in fine, & numeris sequentibus, ff. si cert. pet. & ibi additio Bart. super n. 25. litera A. idem Ias. in l. 3. §. iurari, num. 16. ff. de iure iur. Ioan. Oros. in l. quod non ratione, nu. 7. & 8. ff. de legib. vbi loquitur in consuetudine etiam iniqua, & irrationabili, & latissime Coua. de pact. in 6. 1. par. §. 7. nu. 12. col. 2. illius numeri & Auend. 1. p. c. 2. num. 14. & Hippolyt. in l. 1. in princ. nu. 82. & sequentib. ff. ad l. Cornel. de sicar. & omnino est videndus Cæpola cons. crimin. 13. per totum.

2 Vbi, † quòd etiã si consuetudo non sit legitime præscripta, sed aliquid fiat per quatuor, vel quinque annos, & publice licere arbitretur, hoc solitum excusat à pœna temporali.

3 Et † aliqui ex supra dictis præcipue Hippolyt. vbi supra alios allegans addit, quòd consuetudo excusat à pœna falsi. & Ias. in d. l. de quibus, nu. 9. quòd consuetudo excusat notarios, & alios scribẽtes à pœna falsi; idem Ias. in d. l. 3. §. iurari. nu. 16. circa secundum caput, de quo idem notarius accusatur, nempe, quòd confecerit codicillum falsum, quia testator eum non concesserit, vt testatur vnus ex testibus instrumentarijs, & alij duo scripti etiam in eodem codicillo dicunt se non recordari: hoc non obstante dictus notarius puniri de falso non potest: quoniam ipse produxit alium testem fide dignum affirmantẽ fuisse concessum d. codicillum à testatore sicut in eo cõtinetur, quia ipse id vidit, & quòd fuerunt præsentes concessioni testes in ipso codicillo descripti, quorum duo supra dicti id non contra dicunt, licet eius facti non sint memores: iuxta ea quæ tradit Aegydius Bossius in sua practi. crim. tit. de falsò. nu. 28. & se-
4 quentibus. Vbi † tenet, quòd licet vnus testis contradicens instrumento reddat ipsum suspectum, tamẽ quod ad materiam criminalem attinet, non operatur plus, quam vt detur iudici materia inquirendi & capiendi. Et nu. 30. & sequentibus in-
5 quit, quòd hæc suspicio eneruatur † coadiuuando instrumentum, & coadiuuatur per testes scriptos, vel alios non rogatos, quando est testis ex necessarijs ille, qui contra dicit: quia si est superuacaneus, instrumentum satis est coadiuuatum per se, quia restat sufficiens numerus: & ad coadiuuandum testibus instrumentum sufficit, quòd sint tot coadiuuantes, quot impugnantes, quia præualet instrumentum propter authoritatem notarij & ibi, quid quando impugnantes sunt plures. Et nu. 31. infert satis ad propositum, quòd si vnus solus contradicit, etiam vnus solus coadiuuat, quia vna
6 suspicio tollitur per aliam. Et † tandem nu. 40. quærit an duo testes impugnantes faciant, vt notarius possit puniri de falso & num. 41. concludit cum Salic. quem sequitur in l. in exercendis, vers. quæro, iuxta quæstionem præcedentem in fine quæstionis, nu. 5. C. de fide instrum. quòd tres ad minus testes instrumentarij requiruntur ad pœnam falsi, & ad torturam duo, & quòd vnus contra alium non facit indicium. Idem plures allegans probat Roland. à Valle consi. 38. nu. 3. & sequentibus lib. 1. post Aymon. consi. 74. nu. 3. cum ergo in præsenti casu non sit, nisi vnus testis contradicens, alij autem sint adiuuantes instrumentũ, con-
7 sequens est, vt † minime possit puniri de falso notarius hic, cum cæteri testes instrumentarij non contradicant, licet non recordẽtur, quod non debilitat fidem instrumenti, vt est tex. expressus in l. 115. in versic. *ca por esso*, ibi. *E los testigos, ante quien fueren fechas no se acordassen de ellas.* tit. 18. part. 3. quia memoria hominis labilis est, nec communiter testes sunt intenti sicut tabellio, vt inquit ibi Gregor. Lopez in glo. e *los testigos*, & in terminis tenet Salic. in d. l. in exercendis, nu. 5. Aegyd. Bossius in sua pract. criminal. tit. de fals. nu. 11.

8 Pro † quo etiam facit: nam facilius fit reprobatio instrumenti, ne ei detur fides, quam vt falsum arguatur, vt alios allegans tenet Aymon Crauet. consi. 56. nu. 20.

9 Et † inquit singulariter Thom. Gramma. alios allegans voto 26. nu. 16. quòd si testes instrumentarij de directo contradicunt contentis in testamento, nemo potest propterea de falso puniri, nec notarius propter testes, nec testes propter instrumentum, quem refert & sequitur Roland. à Valle consi. 38. nu. 41. lib. 1.

10 Faciunt † etiam in fauorem huius notarij tra-

dita per Conar.lib.2.var.resol.c.13.nume.11.vbi resoluit cum communi, duos testes ad minus requiri pro reprobatione instrumenti, & tres, vbi præter authoritatem tabellionis testis vnus pro instrumento testimonium exhibuerit, & non requiri ad authoritatem instrumenti ipsius tabel-
11 lionis viuæ vocis testimonium. Et licet asserat instrumenti fidem vacillare per vnum testem instrumentarium ex his, qui necessario adesse debẽt ad integritatem, & vim instrumenti, si aduersus id testificetur, id tamen procedit respectu fidei instrumenti, non tamen respectu notarij, nec contra eum, maxime quando adest alius testis in fauorem instrumenti, per supradicta. Et nu.12. do-
12 minus, Præsul vbi supra † concludit plura requiri ad reprobationem directam instrumenti publici iure regio: primò quòd tabellio non sit bonę famæ. Secundo testes ipsos esse probos viros. Tertiò actum ipsum, cuius instrumentum meminit non esse antiquum, sed paucis ante annis contigisse. Quartò quod omnes testes instrumento adscripti vnanimi & concordi testimonio aduersus instrumentum iurati testificentur per d.l.115. titul.18. partita 3. quæ lex optima est, & expressa in proposito, & ponit gladium ad radicem. Nam dicit, *que si el escriuano dixere ante el juez que el escriuiera la carta sobre que se litiga y que es verdedera y los testigos que fuessen escriptos en ella dixeßen que no se acertaran, y quando el pleyto fue puesto nin otorgado de las partes assi como es escripto en ella, estonce si el escriuano es ome de buena fama, e fallaren en la nota que es escripta en el registro que concuerda con la carta deue ser creydo el escriuano. e no los testigos, e deue valer la carta. Esto es porque muchas vezes acontece que los omes son testigos de pleytos de que no se acuerdan despues, &c.* Quam l. multum notandam & menti tenendam asserit ibi Greg. Lop. in gl. e *los testigos.* Et inquit bene aduertendum, quia corrigit communem opinionem de iure communi: & loquitur etiam lex illa quando testes, qui fuerunt descripti contradicunt instrumento, & non solum si simpliciter dicant se non interfuisse, verum etiam & si deponant rem non ita se habere nec ita fuisse sicut in instrumento continetur, & quòd procedit etiam in contradictione testium, qui essent necessarij in actu, de quo in instrumento. Ergo multo fortius procedit in nostro casu, cum tantum vnus testis instrumentarius contradicat instrumento indirecte, asserens se non fuisse pręsentem, & alij testes coadiuent ipsum instrumentum, & adsit probata bona fama notarij, quæ multum in proposito operatur, vt late tradit Roland. à Valle vbi supra, num.30. & sequentibus, &
13 † vnus ex testibus, qui in iudicio dixit non recordari, extra iudicium dixit recordari, vt est probatũ, quo casu dertahitur eius dicto iudiciali adeo, vt non feratur sententia secund. eius dictum etiã si aliud deponeret in iudicio, ita Ant. de Butr. in c. cum in tua de testib. tem refert Felin. ibi, nu.6. sequitur alios allegans Roland. à Valle cons. 40. num.12. lib.1.

14 Item † quando testis vnum asserit in iudicio cũ iuramento, & aliud extra iudicium non adhibetur ei tanta fides quanta adhiberetur, si contrarium non dixisset extra iudicium: ita tenet Additio Angel. in tract. de malef. verb. falsario, nu. 23. fol.83. Alex. consil.81. col. antepenul. vol.3. Aret. consil.71. vbi dicit, quòd omnes Doct. in c. cum causa de testib. tenẽt, quòd hoc casu debilitatur fides: quem refert & sequitur Bossius in sua practica crimin. tit. de opposit. contra testes, num.3. Nec obstat diuersitas subscriptionis eiusdem testis in testament. & codicillo dicti defuncti quia id sæpe euenit & contingere potest in vno eodemque homine, vt diuersas subscriptiones sui nominis faciat, vt probatur ex l.119. in vers. *Otrosi dezimos*, tit.18. part.3. Præmaxime cum hic sit vnus tantum testis, & alijs constet esse verum codicillum.

Non obstat etiam aliud, de quo accusatur, nempe quòd non scripserit hæredem in testamento cuiusdam Catharinæ; quia idem notarius probauit, quòd ipsa testatrix eum non nominauit prout requiritur, ad hoc vt tabellio possit eum scribere, vt in l. iubemus, C. de testamentis & quòd pater testatricis erat pręsens tempore quo testamentum condebatur, qui erat legitimus ipsius hæres propter defectum descendentium & non contraxit.
15 Præterea † testamentum iure regio valet, & sustinetur quamuis in ipso hæres non instituatur, quia succedit in bonis testatoris, qui iuxta ius, & consuetudinem patriæ alias debebat succedere si testator decederet intestatus, vt in l.1. tit.4. lib.5. nouæ copil. regiæ.

Defenditur vlteriùs idẽ tabellio ab alio, quod sibi imputatur, scilicet, quòd scripserit testem in eodem testamento quendam vicinum alterius oppidi, & non ipsius vbi conditum est testamentum, prout debebat esse & requirebatur ad valorem testamenti iuxta d.l. regiam; quoniam is testis est frater testatricis, & ambo simul enutriti sunt in eodem oppido, vbi conditum fuit testamentum, ibique testis multo tempore commoratus est, & optime cognoscebat sororem suam testantem.
16 Et ratio, qua nititur dict.l. regia adhoc, vt testes sint vicini est, vt cognoscant testatorem, vt sentit & probat D. Burg. de Paz in l.3. Tau. 1. parte cõclus.3. num.346. fol.215. dicens, quòd ratio illius l. est, quia testes vicini facilius agnoscunt testatorem, & ea, quæ in testamento scribuntur, quam forenses, & alienigenæ. Sed in præsenti nostro casu hoc cessat, quia frater testatricis, idemque testis optimè eam cognoscit. Cessante ergo ratione legis cessare debet & ipsius dispositio, vt in legibus vulgatis. Vltimo defenditur pręfatus tabellio à culpa, quæ sibi imputatur, quòd aliqua gesserit tanquam tabellio virtute mandati sibi dati à quodam publico ciuitatis tabellione ad ea gerenda, quamuis ipse non signauerit: propter suam simplicitatem & rusticitatem, quam probauit argumento l. pe-
17 nultimæ, C. de his, qui sibi ascrib. vbi † præsumitur quis errore potius quam malitia aliquid fecisse vt à pœna falsi excusetur. Quem text. notat Bal.

in l.

in l.1.§.fin. nume.8.ff.de legib. ad hoc, vt præsu-
matur ignorantia, & euitetur falsitas: & illam le-
gem dixit notandam ad excusationem simpliciũ
tabellionum Decius consi.175.nu.1.vtrumque re-
fert & sequitur Roland. à Valle d.consi.38.nu.32.
volum.1.& nu.31.cum glos.& Bald.inquit, quòd
in dubio notarius non præsumitur falsarius. Et
in notario inquisito de falso, quòd error excludat
dolum,& quod in dubio potius præsumatur error
quam dolus per d.l.penult.& l.senatus, eodem ti.
tenet Paulus de Castr. consil. 364.per totum vol.
2.Thomas Grammat. consi.65. nu. 23. Aegydius
Bossius vbi supra nu. 56.vbi allegat Bar.in l.quo-
18 ties,§.sed si,ff.de hæred.instit.dicentem,quòd † si
vnum fuit dictum per contrahentes & aliud scri-
ptum per notarium,non præsumitur dolose, imò
errore factum,nisi alijs circunstantijs aliud appa-
reat. Circa quam regulam, quæ multum reddit
notarios audaces in falsitatibus committendis al-
legat bonas remissiones idem Aegydius vbi supra
num.68.quæ sunt videndæ,& Decius in l.si libra-
rius,num.12.& ibi eius additio, ff.de reg. iur. vbi
sequitur regulam supra dictam & limitat in testa-
mento; illud autem non fecit dictus tabellio, sed
aliquas notificationes virtute d.mandati.
19 Et † facit,quod tradit Bald. in l.data opera.nu.
50.C.qui accusat.non poss.vbi quòd tabellio pri-
uatus si conficiat instrumenta tamquam tabellio
non punitur pęna mortis,quia habuit primordiũ
veritatis,quamuis aliter eum referat Auend.in 2.
parte c.30.præt.nu.1.Et generale est,vt falsi pęna
locum non habeat, vbi adest primordium verita-
tis,vt dixi consilio præcedenti num.3. & sequen-
tibus; sed hic accusatus antequã vteretur d.man-
dato fuit tabellio publicus eiusdem loci,quamuis
iam officium tabellionatus renuntiasset, & alteri
à regia maiestate fuerit collatum: ipsius ergo acta
gesta virtute d.mandati iuuantur primordio ve-
ritatis,hoc est officio publico tabellionatus,quod
prius habuit & exercuit,sicque iuncta sua rustici-
tate habet excusationem à pęna falsi.

SVMMARIA.

1 *Testes in causa criminali debent esse omni exceptio-
ne maiores.*
2 *Testis idoneus dicitur,qui nulla exceptione repelli po-
test.*
3 *Affinitatis exceptio sufficiens est ad repellendum te-
stem à testimonio,*
4 *Testes affines licèt fuerint admissi minimè probant.*
5 *Solicitator in causa nõ potest in ea ferre testimonium.*
6 *Testibus periuris non est danda fides.*
7 *Testi, qui in vno falsum deponit, minimè in reliquo
danda est fides.*
8 *Testis pluribus morbis laborans ex toto repellitur e-
tiam si veritas aliter haberi non possit.*
9 *Negatiua coarctata loco,& tempore sufficiens est,ma
xime si simul testes deponant de affirmatiua, vt in
num.10.*
10 *Negatiua coarctata loco & tempore probatio.*
11 *Testes plures præferuntur paucioribus etiam in crimi
nalibus præmaxime in fauorem rei.*

CONSILIVM XXXIX.


Ei accusati ob resistentiam quam di-
cuntur fecisse iudici veniunt absoluẽ
di, tum quoniam accusator id non
ꝓbauit ex regula iuris vulgari, acto-
re non probante, &c.tũ quia etiã si te
stes producti ab actore in aliquo obessent reo,ad-
1 huc præd.testib.non esset credendũ:quoniam † in
causis criminalib.testes debẽt esse omni exceptio-
ne maiores, vt in l.fin.C.de probat.ibi,idoneis te-
2 stibus. Et † testis idoneus dicitur, qui nulla exce-
ptione repelli potest,vt tenet gloss.in §.item ver-
borum.institu.de verb.obliga.notat Abb.in cap.
1.de testib.& in capit.at si clerici de iud.Couarru-
uias.de sponsa.2.parte cap.8.§.12.num.7.Sed duo
testes,quos actor habet plurib. repelli possunt ex-
ceptionibus.
3 Prima,† quia affines sunt ipsius accusatoris:af-
finitatis aũt exceptio sufficiẽs est ad repellendum
testem à testimonio, vt resoluit Anton.Gomez.3.
tom. variar.c.12.de probat.delict.num.15.& pro-
bat text.in cap.1.3.quæst.1.& in capit.præsens.3.
quęst.9.tradit alios allegans Dionys.de Franciscis
consi.59.matrimon.nume.35.in 1.volumine con-
silio matrim.
4 Quod † adeo procedit,vt etiamsi sint admissi,mi
nime probent per text. & ibi communiter Doct.in
l.parentes,C.de testib.testatur communem Paulus
Merenda consi. matrim.86.nu.42.d.r.vol.
5 Secunda † quia,vt probatum existit,d.testes so-
licitatores fuere hac in causa in fauorem accusato
ris: Solicitator autem non potest ferre testimoniũ
in ea causa,vt tenet Roman.consi.420.Alex.consi.
153.colum.2. libro 5.& alios plures referens Me-
noch. de arbitrar. iudic.q. 73. num.6.vbi num.5.
idem probat in procuratore, de quo est expressa l.
20. versi. *Otrosi dezimos* titul.16.partita 3.Et in so-
licitatore quòd non possit esse testis idem tenet
Burg.de Paz consi.11.num.15.allegans ad hoc c.
Romana. de testi.lib.6.& d.l.20.& asserit hoc pro
cedere siue solicitator habeat salariũ vel non:item
quia solicitator dicitur habere maiorem affectio-
nem in illa causa quam procurator, & ideo in ea
non potest esse testis vt in decis. 21. Rotæ de testi.
in nouis, incip. solicitator alias erat.decis. 154.
quam refert Burg.vbi supra.
6 Tertia † exceptio est,quoniã hi testes falsi sunt
in eo quod deposuerunt asserentes, quòd domini-
ca statim sequẽti postquam fuit occisus dictus Gre
gorius viderunt ipsos accusatos ingredi monaste-
rum sancti Francisci:quoniam pluribus alijs testi-
bus est probatum contrarium: quamobrem prio-
ribus non est danda fides,vt in capit.testimonium
de testib. & ibi Doct.Roland.à Valle consi.16. nu.
9. & sequentibus lib. 1. & consi.57. num.15.& se-
quentibus lib.4. Anton. Gomez capi. de prob.de-
lict.num.15. ad finem.

Testi

7 Testi † autem, qui in vno falsum deponit, in reliquo minime etiam est danda fides, vt in l. ficut, §. eisdem, versi. si tamen. ff. de accus. bonus text. in c. Pura, 3. q. 9. & in l. 2. & in l. qui falso, vel vario, ff. de testib. per quæ iura & alia ita tenet Gandin. in tractatu malef. titulo de falsar. num. 26. & Bonifa. in eodem tractatu, titu. de falsar. nume. 22. vbi eius additio alios allegat. Roderic. Suarez allegatione 18. col. 2. versi. primo quia dicunt, & optime Ro-
8 lan. à Valle cons. 7. nu. 23. li. 1. Et † testis pluribus morbis laborans ex toto repellitur etiam si aliter veritas haberi non possit, vt plures allegans resoluit Rolan. à Valle cons. 3. num. 48. & sequentibus, lib. 3. & consi. 57. nu. 41. & sequentibus. lib. 4. Mexia in l. Regia Toleti in 4. fundamento primę partis. nu. 27. & 19. & Beccius cons. 85. nu. 19. lib. 1. cum igitur hi testes, tot tantisque laborent morbis minime eis est credendum.

Secundo principaliter ideò rei absoluẽdi sunt, quoniam pluribus testibus probauerunt non solum iudici non restitisse, sed imò ei fauorem, & auxilium præstitisse, vt delinquentem caperet. Et quamuis probatio hæc videatur de negatiua, ac per cõsequens forsan videri possit minus sufficiẽs,
9 in contrarium est veritas; quoniam † est coarctata loco & tempore, vt testes ipsi reorum deponunt, quod sufficit iuxta glossam, in auth. de hæred. & falcid. §. si vero absunt, verbo & vidisse ibi vsque in finem, & nihil potuisse fieri collatione 1. & in l. 1. in princi. ff. de itiner. actuque priuat. verb. an nõ ibi. Quod probatur hoc modo, quòd per eos, qui ibi prope stabant non fuit visus ire, cum non potuisset iuisse quin videretur: sequitur alios allegans Couarru. lib. 2. var. resol. c. 6. nu. 8. versi. cæterum, & Aegydius Bossius in pract. criminal. tit. de defens. reorum, nu. 15. folio 220. & est communis vera & recepta sententia, vt ex alijs refert Iulius Clarus in practica criminal. §. fina. quæst. 52. versi. si tamen coarctetur.

10 Maxime † cum ijdem testes non solum deponant de prædict. negatiua coarctata loco & tempore, affirmantes, quod si aliud fuisset, ipsi sciuissent & fieri nõ potuisse quin viderent, quia semper præsentes fuerunt; sed imò de affirmatiua quoque deponunt nempe quòd seruierunt iudici, & comitati sunt eum, auxilium & fauorem præstantes, vt tradit Matthæus de Afflict. decis. Neap. 324. num. 9.
11 & 10. Vltimo † est aduertendum, quòd hi testes deponentes in fauorem reorum sunt plures numero & omni exceptione maiores, sicque præferendi sunt prædict. duobus testibus accusatoris quamuis integri essent, item & etiamsi de resistentia deponerent, quod non sunt nec faciunt, vt tenet Abbas in cap. in nostra in finalibus verbis & in capit. cum in tua num. 2. de testibus maxime in fauorem reorum, vt tenet Roman. in l. 1. §. fin. columna 3. & in l. in illa, ff. de verborum obligationib. Felinus optime in cap. ex literis de probat. Marant. in l. is potest, num. 319. ff. de acquirenda hæreditate. Sic aliqui ex dictis reis fuerunt in totum absoluti, alij vero leuissima pœna condemnati, quia aliqua culpa adhuc resultabat contra hos, contra illos vero nulla, maxime attenta sua exoneratione. Laus Deo.

SVMMARIA.

1 *Metus tormentorũ idem operatur, quod tormẽta ipsa.*
2 *Ille dicitur torqueri, qui est in loco, vbi timet torqueri.*
3 *Sufficit probare quem fuisse detentum, vt eius confessio dicatur facta metu tormentorum.*
4 *Testis, qui vnum dixit in iudicio, & postea contrarium in alio dicto in tormento, non punitur de falso.*
5 *Testis potest corrigere dictum suum in continenti, id est ante quàm partem alloquatur.*
6 *In continenti etiam dicitur antequam publicatę sint attestationes, dummodo probetur testem non fuisse colloquutum cum partibus.*
7 *Testis potest corrigere dictum suum metu tormentorum ante publicationem.*

CONSILIVM XXXX.



FRanciscus testis accusatur de periurio, quia contraria in suis depositionibus iuratis deposuerit. Sed ab hoc defenditur. Primò, quoniam ad secundam depositionem faciendã fuit comminatus ad torturam.

1 Et † idem operatur metus tormentorum quòd tormenta ipsa, vt in l. nouissime, ff. quod falsi. tut. authen. ibi quod si cõpulsus, aut metuens ne compelleretur, vbi cum textum ad hoc notat Bald. dicens, quod paria sunt cõfiteri in tormentis, quòd metu tormentorum. Bal. in l. interpositas circa finem, C. de transaction. sequitur plures referens Hippoly. in l. in criminibus, nu. 54. & sequentib. ff. de quæstionibus.

2 Et nu. 61. dicit † quòd ille dicitur torqueri, qui est in loco vbi timet torqueri, probat idem Hippolyt. in practic. crimin. §. expedita, num. 1. & sequentibus, vbi nu. 10. & in d. l. in criminibus, num 58. probat, quod carcer dicitur species torturæ &. nu. 13. d. §. expedita.

3 Quòd † sufficit probare, quem fuisse detentum, vt eius confessio dicatur facta metu tormentorũ: eandem opinionem per illum text. sequitur & plures allegans probat D. Anton. de Padilla in l. cum proponas, nu. 4. C. de transact.

4 Sed † sic est, quòd testis qui vnum dixit in iudicio, & postea contrariũ in alio dicto in tormento, non punitur de falso, vt tradit Tindarus in tractatu de testib. lib. 1. c. 3. per totum, volumine 5. folio 224. ergo eodem modo non debet puniri quando contrarium dixit metu tormentorum.

5 Secundo † quia testis potest corrigere dictum suum in continenti, c. præterea de testi. cogend. l. 30. titulo 16. partita 3. In continenti, dicitur ante quam testis alloquatur partem, vt existimat Innocentius in d. cap. præterea post glossam ibi testatur communiter seruari Felin. ibi nu. 11. D. Couarruu. lib. 2. Var. resol. c. 13. nu. 8. vers. cæterum si testi iuratus is sit idem erit, &c. Gregorius Lopez hoc

hoe deducens ex dict. l. 30. in glossa. *Fablasse con alguna de las partes*, sequitur alios allegans Laurentius Syluan. cons. 87. nu. 1. & Iacob. Menoch. de arbit. iudic. casu 108. nu. 5.

6 Imo † dicitur in cōtinenti si corrigat antequā publicatæ sint attestationes, dúmodo probetur cū non fuisse colloquutum cū partibus, & sic tollatur ista præsumptio subornationis secund. Aleiat. præsumptione 29. regulæ secundæ, nu. 2. eandem opinionem late probat Syluan. vbi supra nu. 2. & sequentibus & Alciat. vbi supra nu. 3. hoc intelligit procedere quando testis allegatet aliquā causam colloratam erroris seu correctionis: eandem opinionem testatur communem domin. Anton. de Padilla in l. error, nu. 8. C. de iur. & fact. ignorant. vbi refert alias duas opiniones. Secundam nempe ante quam testis discedat à conspectu examinatoris, quam etiam refert Syluan. vbi supra nu. 7. & 8. & Menoch. vbi supra. Tertiam quod sit arbitrarium ex qualitate personarum. Addit Aleiat. vbi supra
7 nu. 6. quòd quando † testis corrigeret dictum suū metu tormentorum ante publicationem statut tali correctioni, in quo omnes supradicti sentiunt non esse puniendum. Sed cum hic metus intercesserit in hoc teste, & correxerit dictum suum ante publicationem, & sit probatum, cum partes non fuisse alloquutum, consequens est, vt non puniatur quamuis ratificauerit posteà dictum suum quā doquidem causam colloratā allegat suæ correctionis secund. Tindarum vbi supra.

SVMMARIA.

1 *Donatio ad hoc vt valeat reuocarique non possit, debet acceptari.*
2 *Acceptatio & ratificatio donatarij debet interuenire quando ad veram perfectionem contractus debet necessario interuenire consensus vtriusque contrahentis & si non eodem tempore & instanti, saltem in diuerso.*
3 *Superiora procedunt etiam in conscientia nam ad hoc vt promissio obliget, necessaria est acceptatio eius, cui sit promissio.*
4 *Acceptatio donationis requiritur etiam hodie attenta l. reg. 1. tit. 16. lib. 5. Noua Collect. Regia.*
5 *Acceptatio requiritur donationis etiam causæ pia factæ.*
6 *Acceptatio donationis requiritur etiam si clausula constituti, vel reseruationis vsusfructus in donatione adsit: hæ enim clausulæ nihil operantur nisi acceptatæ fuerint.*
7 *Acceptatio donationis etiam iuratæ requiritur.*
8 *Nemo alteri obligatur ex iuramento, vel pacto, nisi consentiat ille, in cuius fauorem iuramentum præstatur, vel pactum sit.*
Quando aliquis iurat principaliter in fauorem absentis primaria obligatio dirigitur in Deum; si tamen pars non curat de implemento, nec etiam Deus, & hoc respectu requiritur consensus absentis.
9 *Nemo per iuramentum, vel pactum proprium obligatur, nisi cōcedat ille, cui sit pactum, vel iuramentū.*
10 *Acceptatio à fortiori requiritur donationis in qua continentur vincula maioratus & apponuntur grauamina, quæ debent adimpleri quia tunc est contractus vltro citroque obligatorius, vbi requiritur consensus partis vtriusque.*
11 *Reuocari potest donatio iurata non acceptata absque incursu periurij.*
12 *Alteri per alterum potest stipulari interueniente iuramento.*
13 *Acceptatio absentis requiritur etiam si statuto caueatur quòd alteri per alterū acquiratur obligatio.*

CONSILIVM XXXXI.


Iam veritatis nobis aperiat ipse qui dixit: Ego sum via, & veritas. Mater quædam inter viuos, irreuocabiliter filium suum masculum titulo donationis meliorauit in tertio & quarto bonorum suorum, adiectis quibusdam conditionibus vinculis ac grauaminibus alijsque clausulis pro validatione, & robore ipsius donationis opportunis & conuenientibus & præterea cum iuramento solenni de non reuocando eam, & cæt. Hic autē filius præsens minime fuit tempore donationis nec postea eam acceptauit. Mater autem præfata hoc sciens, in suo testamento sub quo decessit præd. meliorationem reuocauit & aliam ex 4. p. bonorum suorum fecit in fauorem alterius filiæ suæ, quam domi secum habebat. Cōsultus fui, an mater iure potuerit præd. primam meliorationem reuocare, quęque illarum meliorationum sit valida & seruanda, & omisso multiloquio inhærendo veritati, quam semper amamus respondi, matrem de qua quæritur, recte ac iure optimo potuisse priorem meliorationem à se factam etiam cum iuramento reuocare, eo quòd ab eo, cum fuit facta non fuisset acceptata ac proinde eandem reuocationem validam fore & per consequens secundam meliorationem filiæ factam seruandam esse, non vero priorem non acceptatam & ideo reuocatam sequentibus fundamentis.

1 Primo † quia clari iuris est esse necessariam acceptationem donationis ad hoc vt ipsa valeat & reuocari non possit, arg. l. si ego, ff. de nego. gest. & l. communis seruus, §. fi. in fi. de acquir. poss. & in donatione absenti facta probat l. absenti, ff. de donat. l. 4. tit. 4. p. 5. versic. *la tercera* & in versic. *la quarta*, & in terminis hoc tenet Pau. de Cast. consi. 171. incipit in casu sequenti visis omnibus per totum consilium libro 2. vbi loquitur in donatione facta per patrem filiæ absenti & dicit quòd illi nō fuit ius quæsitum ante ratificationem quia licèt, legatum acquiratur etiam ignoranti reuocabiliter tamen, non sic est in donatione, quæ etiam reuocabiliter non acquiritur, nisi scienti & consentienti, quia pendet ex voluntate duorum: idem Pau. Cast. cons. 195. visis quæ narrantur in 2. dubio vol. 2. sequitur Dec. cons. 126. col. 3. nu. 12. & cons. 464. colum. 1. nume. 3. & cons. 331. in fin. & cons. 661. nu. 11. Cur. iun. cons. 52. nu. 17. & consilio

fil.55.nu.9.& conf.120 nu.3,& 4.Bertrand.confi.
173.col.5.vol.1.Paul.Caft.conf.77.colum.tertia
2 vol. 1. dicens, † quòd ratione apertiſſima & con-
cludenti debet interuenire ratificatio & accepta-
tio ipſius donatarij, quando ad veram perfectio-
nem contractus debet neceſſario interuenire con-
ſenſus vtriuſque contrahentis,& ſi nõ eodem tem
pore & inſtanti,ſaltem diuerſo,vt per omnes in l.
1.ff.de pact.& in l. 1. in princip.ff.de verb. oblig.
idẽ Pariſ.conſil.78.col.pen.eod.vol.& ſequuntur
alij relati per Rol.a Valle conſ.19.nu.6.10.& 11.
lib.1.& quòd donatio non acceptata non valeat
etiã ſi donatarius ſit præſens & taceat,tenet alios
allegans Tiberi.Decian.conſ.39.nu.30.vol.2.ita-
que hæc eſt communis & vera reſolutio docto-
rum, vt iuxta ius commune donatio facta abſenti
non acceptata non obliget, ita vt ex ea nullum ius
abſenti antè acceptationẽ acquiratur : atque ideo
poſſit reuocari,pręmaxime ſi neque per notarium
nomine abſentis ſit acceptata,& de hoc nemo du-
bitat,imo procedit hoc etiam in conſciẽtia. Nam
3 † ad hoc vt in foro interiori obliget promiſſio ne-
ceſſaria eſt aceptatio eius,cui fit prædicta donatio
vt probat frater Angles in ſuis floribus Theolo-
gic.quæſtion. in q.de voto,art. 2.in 3. difficultate
verſ. vt talis,pagina 92.vbi, quòd quando ſit prę-
ſenti,ſi taceat,non videtur illi placere donec ac-
cepter,& iterum in 4. difficultate in verſic. hinc
promiſſio pag.94.
4 Secundo † quoniam & ſi nonnulli velint hodie
attenta l.2. tit. 16.lib. 5.nouę collect. reg.incipit,
pareciendo que vno ſe quiſo obligar a otro,&c. non re-
quiri hanc acceptationem , veritas tamen & ma-
gis communis reſolutio Doctorum eſt in contra-
rium , nec non & praxis, imo quòd l. illa non ob-
ſtante requiratur hodie acceptatio donationis ad
hoc, vt reuocari non poſſit , quòd ſi non accepte-
tur,poterit reuocari : lex namque illa non tollit
acceptationem , quæ iure communi requiritur :
ſed tantum ſolemnitatem ſtipulationis & alia ſo-
lemnia à iure ciuili requiſita ad validitatem cõ-
tractus,non tamen id quod eodem iure require-
batur pro ſubſtãtia obligationis, vt ex verbis eiuſ-
dem l. regiæ conſtat, ibi , *no pueda poner excepcion
que no fue fecha ſtipulation, que quiere dezir prometi-
miento cõ cierta ſolennidad de derecho:o que fue fecho
el contracto,o obligacion entre abſentes,* iuncto prin-
cipio eiuſd.l.ibi,*pareciendo que vno ſe quiſo obligar* ,
in hoc enim caſu id non concurrit : intentio nam-
que matris in prima donatione non fuit velle do-
nare neque filio obligari,priuſquam ipſe ſciens
donationem eiuſque conditiones & grauamina
eam acceptaſſet , vt in l. qui abſenti, ff.de acquir.
poſſeſſio. vbi dicitur , qui abſenti ſeruo ſcribit , vt
in libertate moretur,non eam mentem habet vt
ſtatim velit ſerui poſſeſſionem dimittere , ſed ma-
gis deſtinationem ſuam in id tempus conferre ,
quo ſeruus certior factus fuerit, & ibi Alex. & cõ-
muniter Doct. notant, poſſe donationem ante
acceptationem reuocari.
Sic etiam videmus , quòd & ſi iure canonico
ex pacto nudo oriatur acceptatio ipſius, vt tenent
communiter Doct.in cap.primo. de pact.per text.
in cap. primo.de conceſſ. præb. in 6. eadem ratio-
ne , quamuis iure ciuili donatio fieri poſſit pa-
cto nudo vt in l. ſi quis argentum, §. fin. C.de do-
nat. adhuc requiritur acceptatio , vt prædictum à
iure probatum exiſtat , & ita in noſtris terminis
quòd ẽt hodie attenta d.l.regia, requiratur accepta-
tio donationis,& quòd aliter ipſa reuocari poſſit
tenet expreſſe Greg. Lop. in d.l. 4.tit. 4.p.5.in gl.
no lo puede hazer , & D.Couar. lib. 1.variar.reſol.
c.14.n.12. & 13. & Auend.2.par.200.prętorum,
c.29.num.11. Ioan. Baptiſta Villalob. in ſua anti
nomia Iuris,nu.26. Molina de Hiſpan. primog.
lib.4.cap. 2. num. 60. Olanus in ſua concor. anti
nom. litera d.num. 43.& ſequen. D.Burg.de Paz
alios allegans,conſ.14.nu.20.& conſ. 33. nu. 12.
& latiſſime Burg.de Paz Iun,lib.1.q.10.num.23.
cum ſequent. & aduocatus Granatenſis Pelaez de
maiorat.1.p q.36.nu. 2. ſolio 142. & q.68.nu.1.
fol.231. vtrobique affirmans hanc opinionem in
iudicijs practicari & Monterroſ.in ſua pract.in 7.
tractat.fol.115.
5 Tertio, † & præcipue,quoniam etiam ſi dona-
tio facta,ſit cauſæ piæ adhuc requiritur & eſt neceſ-
ſaria aceptatio, quòd ſi ipſa non fiat, poterit dona
tio reuocari, iuxta glo. communiter approbatam
in l.illud,verb.alia cauſa in fi. C.de ſacroſ.eccleſ.
eſt communis vt teſtatur additio Bart.lite.C.in l.
pen.ff.de iureiur.& Doctor Coua.in Rubr. de te-
ſta.in 3.p.num.13.& plures referens D.Mol. vbi
ſup.num.58.
6 Quarto † quia omnia ſupradicta procedunt ẽt
ſi donatio habeat clauſulam conſtituti , vel reſer-
uationis vſusfructus: nihil enim hæ clauſulæ ope-
rantur niſi per eum fuerint acceptatæ in cuius fa-
uorem appoſitæ fuerint,vt in l. quod meo, §.ſi fu-
rioſo, ff.de acquir.poſſ.l.ſi ſeruus communis,§.1.
l.& quemadmodum,ff.eod.ti.d.l.ſi ego,ff.de neg.
geſt.Alex.in d.l.quod meo,in prin.num.18. Paul.
Caſt.d.conſ.371.nu.2.Dec.conſ. 226. nu. 9. & in
l.contractus,nu.15.ff.de reg. iur. Curt.Iun.d.cõſ.
120.num.3.Anton.Gom. plures allegans in l.45.
Tau.nu.82.& 83.& Tellus Fernand.in l.17.Tau.
num.30.D.Molin.vbi ſupra num.63.
7 Quinto † & vltimo , quoniam & ſi dicta prima
donatio,de qua agimus,ſit iurata cum clauſula de
non reuocando eam,adhuc requiritur acceptatio:
iuramentum enim ſequitur naturam contractus
ſuper quo interponitur,vt in l.fin.C.de non num.
pecun.& in l.ſi.ff qui ſatiſdare cog. cum ſim.l.27.
tit.11. p.3.in verſic.*otro ſi dezimos :* ſicut ergo do-
natio abſque iuramento facta intelligebatur , ſi
eam acceptauerit ille in cuius fauorem ſit , vt ſu-
pra probauimus , ita etiam & iuramentum dona-
tioni interpoſitum eodem modo eſt intelligendũ,
ac proinde priuſquam acceptetur poterit reuoca-
8 ri.Quia, † inquit Abb.per tex.ibi in c. ſicut, ibi el
3. nu. 5.poſt Ant.de Butrio ibi de iureiur. nemo
per iuramentum vel pactum obligatur,niſi con-
ſentiat ille,in cuius fauorem præſtatur & ſit iura-
mentum

mentum,vel pactum:vbi etiam,quòd quando aliquis iurat principaliter in fauorem absentis primaria obligatio dirigitur in Deum,tamen si pars non curat de implemento,nec etiã Deus , & quòd hoc respectu requiritur consensus absentis,& inquit singulariter Arcbid.in c.quacunque arte ver
9 borum,22.q.5.in fin.nu.4 quòd † nemo per iuramentum,vel pactum proprium obligatur nisi cõcedat ille , cui fit pactum vel iuramentum : idem videtur tenere Bal.in authen.generaliter,colum. fin vers.quæritur vtrum ex scriptura,nu. 12. C.de episcop.& cler.& probatur ex his quæ tradit Fortu.Gar.in c.1.nu 23.de pact.& in terminis quod donatio iurata non valeat , neque ex ea acquiratur actio absenti ante acceptationem,non obstante d.iuramento,tenet & probat dicens esse veriorem Alciat.in c.cum contingat,num. 112. de iure iur.& quòd possit reuocari ante acceptationem tenet Dec.consi.432.nume,15. & 26. & late Molin. vbi supra num.64.& 66.& post eum Burg.de Paz senior d.cons.14.nu.21.& iunior d.q.10.nu.46.
10 Quod † præmaxime procedit in donationibus vinculi & maioratus (prout fuit illa de qua nunc agimus) in quibus onera & grauamina adimplenda ponuntur, sicque ea est contractus respectiuus vltro citroque obligatorius, in quo consensus vtriusque partis requiritur, & antequã ipse intercedat non dicitur aliquid esse perfectum vt in l. contractus, C.de fide instrumen. & ibi communiter Doct.probat late Molina , plures allegans vbi sup.nu.66.ad fi.& est prædictum.

Ex quibus omnibus infertur ac iam clare constat quòd cum præd. donatio licet iurata non fuisset acceptata per filiũ,cui facta fuit,potuisse à matre reuocari , aliaque donatio , siue melioratio ab eadem fieri, prout fuit facta in fauorem filiæ sine incursu alicuius periurij , quandoquidem prior donatio , neque iuramentum in ea interpositum non habuerunt vim,neque aliquam obligationem induxerunt ex defectu acceptationis , sicque iure optimo potuerunt reuocari, vt in terminis dict.l. fin.C.de non nu.pecun. probarunt ibi Bald.nu. 1. Salicet.& Fortunius Gar.in l.si vnus , §. pactus ne peteret,nu. 15.ff.de pact.dicens exceptionem, non numeratæ pecuniæ opponi posse contractui etiam iurato , quia exceptio illa propria est ipsius iuramenti non tantum contractus , quem refert & sequitur D. Couarruuias in 4.2.part. cap.3.§.5.nu. 3. idem probat Dec.consil.305.nume.4.vbi quòd qui iurat seruire,non est periurus si non seruiat ex aliqua iusta causa,quæ venit ex natura contractus, vt in donatione causa mortis iurata,quia potest pęnitere donans absque periurio.
11 Deducitur † etiam ex superioribus quòd si Gregor. Lop. & Cou. & alij nonnulli aliud velint in terminis donationis iuratæ,id non potest iure procedere quandoquidem iuramẽtum sortitum fuit naturam contractus primordialem,donationis nẽpe si acceptetur , hoc autem deficiente ad amplius iuramentum non obligabit quam contractus , sicque potuit reuocari , quia , vt inquit text.in l.certum,§.vltimo de confess.iurans in fauorem absentis non obligatur.
12 Supradictis † ac resolutis non obstat gl.in cap. quoties cordis oculus , in verbo & per te.t. quæst. 7. vbi tenet quòd interueniente iuramento potest alteri per alterum stipulari,quam sequuntur communiter Doctor.in l.stipulatio ista , §.alteri, ff.de verb.oblig.Refert plures Rol.a Valle cons.19. nu. 29. & sequent. & sic quòd iuramentum suppleat præsentiam partis & quòd Deus videatur recipere promissionem pro absẽnte vt tradit Felin. in procem. Gregor.num.24.nam respondeo quod , vt prædiximus, sicut donatio habet in se tacitam conditionem si pars acceptauerit,ita etiam iuramentum habere intelligitur eandem conditionem , vt in dict.l. fin.C. de non num. pecun. nec reperitur quod recipiatur à Deo,nisi quatenus à parte fuisset acceptatum , ita respondet Alciat. vbi suprad. num.112. in fina.vel secundum Molin.vbi supra , nu.65. quod nihilominus ad hoc , vt reuocari non possit, desideratur acceptatio partis,quia alias potest reuocari duplici ratione. Prima,quia licet statuto caueatur,vt alteri per alterũ acquiratur obligatio, illud tamen intelligitur ac procedit interueniẽte absentis acceptatione,vt tenuit Paul.Cast. dict.consi.171.per totum, Alex.cons.126. numero 5.lib.5. Curt.Inn. dict. consi.120. num.2. & Dec. vbi supra . Secunda,quia ita etiam iure communi fauore pię causæ alteri per alterũ stipulari potest , vt ex pluribus probat Ias. in dict. §. alteri,num.6. & tamen in donatione facta ecclesiæ & piæ causæ acceptatio necessaria est iuxta communem opinionem supra relatam : ergo quamuis donatio iurata valeret in fauorem absentis propter iuramentum adhuc esset necessaria acceptatio ipsius:alias.n.posset reuocari per omnia supra dicta , & ita de iure respondendum censeo,saluo meliori iudicio : hæc causa postea decisa fuit in fauorem dictæ filiæ contra priorem donationem factam iuxta hoc consilium . Laus Deo omnipotenti .

SVMMARIA.

1 *Resignatio beneficij ecclesiastici quando est facta in manibus non valentis eam admittere,ius remanet penes resignantem ,donec resignatio recipiatur vel admittatur per Papam vel beneficio priuetur .*

2 *Resignare non potest quis beneficium ecclesiasticum quod habet,quando non remanet sibi aliud beneficiũ è cuius redditibus iam viuere valeat;hoc tamen intelligitur nu.10.de sacro ordini mancipato.*

3 *Renuntiatio minorum beneficiorum,putà , prabendarum , & aliorum beneficiorum simplicium fieri potest coram ordinario loci,hoc est episcopo:imo renuntiatio ecclesiastici beneficij fieri nequit sine authoritate episcopi .*

4 *Renuntiatione beneficij facta absque episcopi licentia beneficium non vacat etiam quo ad renuntiantem donec per superiorem aut episcopum ipsum admittatur .*

5 *Motus proprius Pij V. pontificis maximi super non ad mitten-*

*mittend. resignat. ordinarios incipit, quanta ec-
clesię, &c. ann. 1568. & latus non loquitur in re-
nuntiatione beneficiorum pura & simplici in mani-
bus ordinarij facta, sed in resignatione beneficiorum
aliis fieri prohibita coram ordinarijs.*

5 *Renuntiationis beneficiorum ecclesiasticorum duplex
est species in iure, quedam enim est simplex quæ fit
sine conditione & pacto; altera vero est resignatio
conditionalis, quam in fauorem vocant: illa potest fie
ri coram ordinario: hac vero solum coram Papa.*

7 *Renuntians coram ordinario beneficium suum non po-
test vti illa clausula in fauorem &c. quod si aliud
fiat, simoniam committit.*

8 *Sed an legatus vel ordinarius, coram quo renuntiatio
fit cum præd. clausula, possit conditionem reijcere &
resignationem simpliciter admittere.*

9 *Motus propr. Pij. V. supra citati intellectus.*

CONSILIVM XXXXII.



Ominus sit mihi adiutor. Quidam cle-
ricus primæ tonsuræ renuntiauit be-
neficio simplici, quod obtinebat libe-
re in manibus ordinarij, qui candem
renuntiationẽ admisit, alterique pręd.
beneficium contulit. Nunc vero ille qui renuntia-
uit pœnitentia ductus petit dictum suum benefi-
cium a, asserens renũtiationem suam præfatam fuis-
se, ac esse nullius momenti, vtpote factam extra ca
sus permissos coram ordinario contentos in Mo-
tu proprio Pij V. Pont. Max. de non admittend. re
signat. per ordinarios incipit: quanta ecclesiæ, &c.
ann. 1568. lato, ibi qui aut senio confecti, aut vale-
tudinarij, aut corpore impediti, &c. quia in hoc re
signante nullus horum casuum contigit, & quod
sibi præterea aliud beneficium ecclesiasticum non
remansit ex quo sustineri valeret, quæritur an te-
gressum iure habeat ad præd. suum beneficium à
se renũntiatum, necne?

Et primo videtur renuntianti huiusmodi, ius fo
uere ex dict. Motu proprio, qui expressus videtur
ad hoc: quando quidem in præsenti specie sumus
extra casus dict. Motus proprij, in quibus permit-
titur ordinarijs recipere resignationes beneficio-
rum ecclesiasticorum: in cæteris namque est eis-
dem prohibitum regulariter, ergo cum ex sola vo-
luntate dimittentis episcopus contra dispositio-
nem d. Motus proprij renuntiationem præfatam
admiserit, beneficium non vacabit, etiam quoad
1 renuntiantem, quia † quando est facta resigna-
tio in manibus non valentis illam admittere, ius
remanet penes resignantem, donec resignatio re-
cipiatur & admittatur per Papam vel priuatur be-
neficio, vt tenet additio Rotæ de renuntiatione in
nouis nu. 11. quinimo etiam si beneficium vacas-
set per prædict. resignationem, vt per Rotam pri-
mam de rerum permut. in nouis. num. 3. loquen-
tem in resignatione beneficij reseruati Papę in ma
nibus ordinarij facta, non potuit episcopus eam ad
mittere, nec id beneficium alteri prouidere, vt in
d. Motu proprio Pij. V.

2 Secundo † ex alio etiam capite infringi potest
præd. beneficij resignatio, nempe quòd fuerit facta
ab eo qui non habebat aliud beneficium ecclesia-
sticum ex quo congruam sustentationem sibi vale
ret reseruare, vt in d. Motu proprio.

Sed his non obstantibus contrarium est dicen-
dum in nostra specie, imò quòd huiusmodi re-
nuntians nullum ius habeat ad præd. beneficium
à se renunciatum, quia renuntiatio valida fuit nec
à Motu proprio Pij. V. supra citato improbata:
quod fuerit valida probatur.

3 Quoniam † minora beneficia puta præbendæ
ac alia beneficia simplicia renuntiari possunt ac
debent coram episcopo: imo renuntiatio bene-
ficij ecclesiastici fieri nequit sine authoritate epi-
scopi, vt in c. nisi cum pridem. in c. admonet. in c.
quod in dubijs de renuntiat. Host. in sum. ti. de
renuntiat. nu. 9. vers. aut minoribus. Rota in nouis
3. de renuntiat. nu. 1. Ripa in l. naturaliter, §. nihil
commune, nu. 107. ff. de acqui. possessione, & cę-
teri omnes: & hęc appellatur resignatio pura &
simplex, quæ fit sine conditione & pacto, vt tenet
Petr. Rebuf. in praxi benefic. in rubrica de pura
resignat. in princip. pagin. 478. vbi quòd quando
pars sic resignat, ordinarius potest cui velit con-
ferre, cum beneficium vacet per resignationem,
4 vt in c. 1. & per totum de renuntia. quinimo † si
renuntiatio beneficij fieret absque episcopi licen-
tia, beneficium non vacaret etiam quo ad renun-
tiantem, donec ipsa renuntiatio per superiorem
aut per episcopum ipsum admittatur secundum
Abb. in c. ad aures de his quę vi. col. pen. Card. in
d. c. quod in dubijs, est communis secundum Abb.
in c. quod Dei timorem de stat. regul. & secundũ
D. Conarruuiam lib. 1. variar. resolu. c. 5. nu. 6. cũ
igitur hoc simplex beneficium renuntiatum fue-
rit libere coram ordinario, ipseque renuntiatio-
nem præfatam admiserit, & alteri canonice con-
tulerit, prout poterat, consequitur renuntiantem
nullum ius ad idem beneficium habere.

5 Quod † autem præd. renuntiatio non sit im-
probata atque contraria d. Motui proprio, & sic
illa Apostolica constitutio nobis in proposito non
obsit, patet, quia ipsa cum suis modificationibus
non loquitur nec procedit in nostris terminis re-
nuntiationis puræ & simplicis in manibus ordi-
narij facta: sed in resignatione beneficiorum alias
fieri prohibita coram ordinarijs.

Et pro clariori huius rei intelligentia præsup-
pono:

6 Duplicem † esse in iure speciem resignationis
beneficiorum: quædam enim est renuntiatio be-
neficij ecclesiastici simplex, quæ fit sine conditio-
ne, & pacto, vt in c. tua nos, de simonia; & hæc est
propriè libera renuntiatio, quamuis minus fre-
quens quam illa in fauorem, de qua statim age-
mus, & hæc renuntiatio simplex fieri potest, qui-
nimo & debet ad hoc, vt valeat, coram ordina-
rio, & de hac loquuti sumus supra, sicque est lici-
ta & permissa coram ordinario, ac per consequens
ipse potest eam admittere & beneficium sic re-
nuntiatum

nuntiatum cui velit idoneo conferre.

Hæ enim renuntiationes in spiritualibus libere & simpliciter fieri debēt quod omnes fatentur & præmittunt,& communiter in c. ex parte el 1. de offi. deleg. & in specie Steph. in tract. de lit. gratiæ & iust. fo. 66. cum sequen. eumq; referens D. Cou. vbi sup. nu. 5. & de hac renuntiatione minime loquitur præfatus Motus proprius Pij V. quando quidem non est dicendum in dubio, id quod ex eo non constat, velle corrigere ius commune per iura vulgaria.

Altera est resignatio conditionalis, quam in fauorem vocant, quæ resignatio coram Papa tantum fieri potest, cum in ea aliàs versetur simonia, quam ordinarius purgare non potest vt in d. c. ex parte el 1. de officio deleg. Panor. & alij in Rub. de simonia, ita distinguit Petr. Rebuf. vbi su. & in
7 rubri. de resigna. conditio. p. 484. Quo † fit, vt præd. clausula, nempe in fauorem, &c. non possit quis vti in renuntiatione: quæ fit coram ordinario nempe in fauorem talis, vel, vt conferatur tali non aliter nec alias nec alio modo: clausula enim hæc astringit collatorem ad conferendum ei nominato per partem & est contra naturam resignationis puræ, quæ à mera pendet collatoris libertate: vt gl. & Doct. docent in d. c. ex parte el 1. & nominatim Nicolaus Milis in suo repertorio in verbo renuntiatio beneficij simoniace facta, & Rebuf. vbi supra, de resignat. cond. num. 4. ex quibus constat Simoniam cōmitti si aliud fiat, quod præter ea tenet gl. in c. ex parte, & ibi Abb. num. 4. de officio deleg. Dec. nu. etiam 4. & cæteri glo. in c. cum inter R. verb. ex consensu, ver. & nota. de elect. Host. vbi supra, nn. 7. Fel. in ca. ad audientiā el 2. ver. 3. conclusio. de rescrip. Ludouic. Gomez in regula de triennal. possess. q. 16. fol. 756. in fin. & in principio sequentis Cassad. decis. 2. de simonia, nu. 6. & 7. & Aymon. Crauet. cōs. 1 52. nu. 12. D. Nauarr. in man. lat. cap. 23. nu. 107. vers. ad decimum. vbi limitat: nam si fieret in manibus Papæ secundum stylum curiæ à multis seculis probatū, tametsi Dominic. Soto, lib. 9. de iust. & iure. q. 7. art. 2. pag. 816. & D. Couar. vbi supra, num. 5. non recte meo iudicio contrarium sentiant, nempe simoniam minime committi hoc casu: hoc namque contra receptam doctorum sententiam est, & mentem omnium, ac proinde non tenendum, præcipue hodie regulariter ex d. Motu proprio, vt infra dicemus.

8 Et † quamuis Boer. in tractatu de potesta. legat. q. 2. vol. 14. tract. diuer. doct. firmet quòd si huiusmodi resignatio, nempe cum clausula prædict. in fauorem, &c. fiat coram legato, poterit legatus, vel ordinarius conditionem reijcere, & resignationem simpliciter admittere, quia illa clausula ad vtilitatem vel in fauorem talis pro non adiecta habetur secundum eum: & in dubio debet interpretari actum esse permissum, vt in l. eum actum, ff. de neg. gest. & in l. non solum, §. sed & probari. ff. de noui oper. nunt. & quia sunt, vt plurimum notarulus clausulæ, teste Staphile. de literis gratiæ in rubrica de varijs modis vaca. versiculo, puto tamen, quam sententiam, Boetio non relato, sequitur Couarruuias vbi supra dict. nu. 5. Quinimo secundum eum prælatus inferior nihil ageret contra iuris prohibitionē eas renuntiationes simpliciter admittēs, & expresse non approbans adiectionem conditionis, nec graue crimen committeret si ea beneficia concesserit ei, pro quo facta est renuntiatio, modo dignus sit; nec præd. collatio ex eo nulla erit, quòd facta fuerit ratione conditionalis resignationis: quia ea in hunc sensum prohibet, vt ex ea prælatus minime teneatur præcise beneficium conferre ei, cuius fauore adiecta fuerit. Quin potius existimat ibi Couarruuias ex æquitate secluso iuris rigore rectissime acturū prælatum ipsum, qui eam renuntiationem admiserit simpliciter non approbata conditione expressim nec ea repulsa, si beneficium conferat illi, pro quo facta fuerit renuntiatio, modo sit eo dignus, neque renuntians decipiatur.

Nihilominus tamen hæc Boer. & Couarruuiæ sententia aduersatur communi præcedenti, quæ habet resignationem conditionalem cū prædict. clausula in fauorem alterius & non alias &c. minimè locum habere coram ordinario, sed potius esse simoniacam. Quare verius cōtrarium in his terminis probauit Rebuff. vbi supra de resignat. condit. numero 7. cum sequent. vbi respondet ac optime satisfacit fundamentis Boerij vbi supra contrarium tenentis: cum enim sit vnus actus cum aliqua qualitate, & adiectione, non potest recipi pars illius actus & pars eiusdem reijci argumento doctrinæ Bart. communiter approbatæ in l. Aurelius, §. idem quæsijt, ff. de liberat. legat. quia forma est indiuidua: nec voluit resignans, vt ipse exprimit, aliter nec alio modo resignare quā in fauorem illius: reijci igitur non potest hæc clausula, & resignatio pura acceptari, sed in totum debet resignatio vitiari, quandoquidē apud ordinarium ea quis vti non possit, sed tantum libera & simplici renuntiatione: hanc autem facere noluit, qui cum præd. conditione resignauit, ergo vtrumque vitiatur, quia quod potuit noluit & quod voluit adimplere nequiuit.

9 His † sic præhabitis Motus proprius Pij Quinti supra in contrarium adductus loquitur in resignationibus beneficiorum coram episcopis factis debetque intelligi de resignationibus, quæ frequentius fiunt, scilicet conditionalibus, hoc est in fauorem supra proxime dictis, vt patet: quia hæ sunt prohibitæ fieri coram episcopo; non vero puræ & liberæ, vt prædiximus. Motus autem proprius loquitur de illis resignationibus ex quibus vitiosus ingressus ministrorum in ecclesia Dei datur, vt constat ex eius præfatione in principio ibi, quia ecclesiæ Dei incommoda omni tempore attulerit, & nunc quotidie afferat ministrorum in eam ingressio vitiosa, &c. itaque manifeste loquitur in illis resignationibus ex quibus datur in ecclesia Dei vitiosa ingressio. Ex resignatione autem libera coram ordinario facta & per eum ad-

missa non datur vitiosus ingressus, sed licitus & permissus, (vt vidimus :) ergo non de hac, sed de illa loquitur præterea idem probatur inferius ex eodem Motu proprio ibi, quia vero hoc malum cum in cæteris frequens, iam maxime in beneficio rum & officiorum ecclesiasticorum dimissione admittatur, & ibi nemini molestum esse debet, quòd pridem de reprimendis quotidianis fraudibus, quæ hac in re frequentiores internoscuntur, &c. & ibi, in prohibēda omnibus interim resignationum huiusmodi receptione : itaque semper loquitur in resignatione prohibita corā ordinario ob fraudes frequentiores in ea committi solitas, non vero in libera renuntiatione vbi nulla fraus neque confidentia committitur. Hoc etiam comprobatur ex illis verbis Motus proprij: quibus sic prouisis, nullum ius neque titulum tribui probat; quinimo eos ad illa deinceps obtinenda inhabiles reddit: hinc namque insinuatur loqui, in prouisis virtute dictarum resignationū, hoc est in resignatarijs nominatis ab eisdem resignātibus ob præsumptionem fraudis & vitium simoniæ, quod ab ecclesia Dei Summus Pontifex totis virib. expellere ibi intendit : alias, enim si resignatione libere & absque vlla fraude facta beneficium sic renuntiatum conferretur ab Episcopo alicui, minime sic prouisus præfatis pœnis à Papa plecteretur, quid enim peccauit si sibi experti fraudis confeatur beneficium libere & absque vlla fraude ab alio renuntiatum : pœna enim suos debet tenere authores, vt in l. sancimus, C. de pœn. Præterea si summus Pontifex, in prædicta sua constitutione loqui velit in prædict. renuntiatione simplici & libera, & sic in ea corrigere ius commune, quod prædiximus, id exprimeret, hoc autem non facit : ergo in dubio non est præsumenda neque inducēda iuris correctio, vt in iuribus vulgaribus, præmaxime cum expresse loquatur in resignationib. vitiosis, & fraudulentis : huiusmodi autem nō est renuntiatio beneficij simplex & libera, vt probauimus: ergo de ea minime loquitur, sed de conditionali in fauorem, &c.

Motus igitur proprius iam citatus enixe prohibet enim episcopis fieri prædict. renuntiationes fraudulentas ex quibus datur vitiosus ingressus in ecclesia Dei, prout sunt conditionales (nisi in casibus ab eo exceptis) vt ex supra dictis patet. Quinimo non solum illas conditiones expressas prohibet, sed etiam omnes alias tacitas è quibus, eadem fraus aut mens dimittentis colligi possit vt patet ex versiculo caueant autem episcopi, &c. Ne verbo quidem aut nutu, vel signo futuri in huiusmodi beneficijs & officijs successores ab ipsis resignantibus aut alijs eorum significatione vel hortatu designentur, aut de his assumendis promissio inter eos, vel etiam intentio qualiscunque intercedat, atque præterea ad euitandas omnino præd. fraudes præcipit ipse episcopus aut alij collatores de beneficijs resignandis præd. aut suis aut dimittentium consanguineis : affinibus vel familiaribus, etiam per fallacem circuitum in extraneos collationem audeant prouidere sub pœnis ibi contentis: itaque clara & perspicua mens atq; intentio summi Pontificis est, exulandi omnes fraudes adhiberi solitas in præd. resignationibus: quādo igitur resignatio siue renuntiatio est pura, libera & simplex, nulla admixta neque excogitata fraude expresse, nec tacite: tunc summus Pontifex neque prohibet renuntiationem fieri posse neq; corrigit ius commune, sed tantum loquitur in præd. resignationibus ex quibus vitiosus datur ingressus propter fraudes committi solitas præterquam in casibus ibidem exceptis de senibus & valetudinarijs: aut alijs impeditis vt ibi, tuncque permittit fieri posse præd. resignationes, at prohibitionem præcedentem relaxat in fauorem earundem ecclesiarum, vt melius eisdem inseruiatur: & ex dict. motu proprio, ibi, vel etiam intentio qualiscunque intercedat, &c. videtur hodie procedere non posse quod D. Nauarrus asseruit in d. Manual. lati. c. 23. nu. 107. in ver. secundo, &c. dicens renuntiationem factam etiam in manibus inferioris ea intentione, vt conferatur alicui cognato renuntiantis, vel alij nulla conditione, modo, vel pacto expressis valere, & quod renuntians nō admittit simoniam etiam mentalem. Sed vt idemmet Nauar. ibi nu. 110. vers. sexto, bene probat & nos cum eo alibi volente Deo dicemus, procedit & intelligitur ille motus proprius in verbis supra relatis in foro exteriori, secus in interiori.

Ex quibus omnibus resoluitur quòd cum noster casus non sit de prohibitis in illo motu proprio, vt prædiximus, sed permissus a iure communi, & ideo à motu proprio non correctus, modificationes ab eo factas minime ad nostrum casum spectare, sed ad prohibitos, ideo nil mirum si ad eundem non sint trahendæ, & ita sentio salua in omnibus correctione sanctæ ecclesiæ Romanæ & sedis Apostolicæ.

10 Nec † etiam obest quòd renuntians non habuerit aliud beneficium ecclesiasticum ex quo congruam sustentationem sibi capere possit, quia respondemus eum non esse sacro ordine mancipatum, quo casu ille motus proprius prohibet resignationem fieri, nempe quoties quis est sacris ordinibus insignitus & non habet alias vnde se alat, vt ex eius litera patet ibi, sed neque horum vllus sacro ordine mancipatus, &c.

SVMMARIA.

1 *Contractus ex conuentione partium legem accipiunt.*

2 *In contractibus vbi est dies & pœna non admittitur purgatio moræ.*

3 *Emphyteota priuati si in termino conuento non soluit pensionem stante pacto quod possit ob non solutionem eiici, & illo deficiente si per triennium cessauerit à solutione pensionis, potest domino volente lapso illo termino ab eodem domino repelli: emphyteuta vero ecclesiæ si per biennium cessauerit expelli potest nisi celeri satisfactione sibi prouideat.*

4 *Facta declaratione dñi statim lex facit executionē.*

Facta

5 *Facta resolutione contractus non licet morã purgare.*
6 *Cautela ad impediendam moræ purgationem in proposito erit vt statim lapso termino dominus declaret se velle vt cadat in commissum.*
7 *Hac cautela hodie non procedit attenta l. 28. tit. 8. partit. 5.*
8 *Emphyteuta non potest moram purgare etiam intra 10. dies de quibus in d.l. regia. 28. vbi dominus ante hos 10. dies alteri rẽ in emphyteusim concesserit. Sed vide nu. 21.*
9 *Arbitrio iudicis relinquitur quæ dicatur celeris satis factio vt emphyteuta ecclesiæ possit moram purgare post biennium secundum veriorem & crebriorem sententiam.*
10 *Male tamen arbitraretur index hoc casu intra sex menses posse moram purgari.*
11 *In contractibus potest mora purgari vsque ad litis contestationem.*
12 *Ad resolutionem contractus de quo in hoc cons. requiritur declaratio domini.*
13 *Pœna caducitatis locum non habet nisi domino directo volente.*
14 *Emphyteuta per cessationẽ non cadit ipso iure ab emphyteusi, sed ita demum si dominus directi dominij declarauerit velle esse locum caducitati.*
15 *Statim facta declaratione domini ipso iure cadit à iure suo nec requiritur iudicis sententia aut declaratio.*
16 *In dubio antequam dominus declarauerit velle esse locum caducitati iudex debet semper inclinare in sententiam per quam caducitas euitetur.*
17 *In mora purganda in cæteris casibus extra emphyteusim seruandum est ius commune.*
18 *Pactum negatiuum vbi non continet terminum, sed pœnam, licet affirmatiuum precedens eum cõtineat, potest mora purgari iuxta ius commune, vel eo tempore quod iudex arbitratus fuerit.*
19 *Attento iure canonico in foro ciuili etiam seruando in dispositione iurata, & vbi est dies & pœna & etiam vbi alias non poterat mora purgari admittitur purgatio moræ.*
20 *De iure canonico semper mora purgari potest.*

CONSILIVM XXXXIII.

Dominus illuminatio mea &c. Petrus quidam locauerat fundum suum Ioanni certa mercede constituta quotannis ea lege & conditione, vt infra quindecim dies immediate sequentes teneretur fideiussores idoneos ad contentum locatoris pro mercede soluenda singulis annis statis terminis præstare, quòd si hoc facere omisisset, esset in electione eiusdem locatoris, vel conductorem compellere, vel non stare locationi à se factæ, & quòd posset, priore conductore irrequisito & non citato alteri locare, & insuper primus conductor, amitteret meliorationes à se factas in re conducta. Contigit, quod conductor ille negligentia tentus omisit præstare præd. fideiussores in termino quindecim dierum, ad id præfixo, sed eos postea, nonnullis paucis tamen diebus elapsis præstitit coram tabellione, qui instrumentum fideiussionis recepit absque domini fundi præsentia & intelligentia: postmodum vero idem dominus fundi declarauit se nolle stare eidem locationi virtute legis & conditionis præfatæ in conductione appositæ non seruatæ & alteri locauit eundem fundum ante, quã priori conductori intimare fecit hanc suam declarationem atque electionem: conductor verò prior affirmat se potuisse moram purgare prout fecit ante declarationem & electionem domini fundi, dubitatur quis eorum iustius petat.

1 Et † videtur dominum fundi habere suam intentionem fundatam ex conuentione & lege in id expressa, vt præmittitur: contractus enim ex conuentione partium legem accipiunt, vt in l. 1. §. si conueniat. ff. deposit. cum simil. sed in præd. locatione casus noster expressè deciditur facultasque locatori datur in euentum non præstitæ fideiussionis infra terminum quindecim dierum, vt posset vel conductorem compellere, vel alteri locare: & hac facultate nunc vsus fuit prædict. locator declarando se nolle stare prædict. locationi priori ob non præstitam fideiussionem tempore conuento iuxta formam expressam in ipsa locatione: ergo iustitia clara ei patrocinatur.

2 Secundo † quia in contractibus vbi est dies & pœna non admittitur purgatio moræ, vt in l. traiectitiæ. §. de illo, ff. de actin. & obli. & in l. magnam, C. de contrahend. & committ. stipulat. cum simil. per quæ iura ita tenet Barr. in l. si insulam, num. 4. ff. de verb. oblig. cuius opinio communiter approbatur, secund. Doct. ibi præcipue Alex. & Ias. nu. 55. Rip. 39. Iacob. de Nigris. nu. 101. est communis & tenenda, vt resoluimus in nostro tractat. de iurament. confirmat. 1. p. c. 56. num. 14. sed in præsenti contractu locationis adest dies & pœna, hoc est, vt infra 15. dies conductor teneatur idoneos fideiussores præstare, aliàs ad id possit compelli, vel ei auferri fundus locatus, alteriq; locari cum amissione melioramentorum: ergo mora minime potest purgari, & sic præstari fideiussio post terminum dictorum 15. dierum, ac proinde præstita non releuat conductorem.

3 Tertiò † quoniam emphyteuta priuari si in termino conuento nõ soluat pensionem, ita quòd ex pacto expresso possit ob non solutionem reijci atque repelli ab emphyteusi, & præd. pacto deficiente si per triennium cessauerit à solutione pensionis, domino volente potest transacto illo termino, ab eodem anno repelli nulla in posterum emphyteutæ allegatione nomine meliorationis neq; aliorum opponenda: sed omni modo si dominus voluerit repelli debet, etiam si interpellatio facta non fuerit, cum dies interpellet pro homine vt in l. 2. C. de iur. emphy. in l. 28. tit. 8. p. 5. Quod si sit emphy. ecclesiæ, & cessauerit in solutione canonis per biennium expelli potest nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, vt in ca. potuit, de locato, ecce ergo quomodo lapso termino conuentionali, vel legali absque adimplemento debito, statim † facta declaratione domini non
4 habet

habet locum purgatio moræ, sed emphyteuta omnino repellendus est, quod idem procedit secundum Ias. in d. l. 2. q. 29. nu. 74. quia facta declaratione domini statim facit lex exequutionem; quare ad hoc nõ requiritur citatio emphy. vel feudatarij quia est reuocatio extraiudicialis & declaratio animi, vt late probat Rol. a Valle cons. 2. nu. 127. cum seq. & latius idem consi. 19. lib. 1. per totum consilium: ergo cum in nostra specie dominus fundi declarauerit suam voluntatem ac elegerit se nolle stare locationi, statim fit exequutio, ac per consequens non habet locum moræ purgatio, nec admittendus videtur conductor offerens fideiussionem prædictam post terminum, qui in termino 15. dierum præstare debuerat ac tenebatur.

5 Superiora † coadiuuantur quia quando est facta resolutio contractus non licet moram purgare secundũ Spec. in ti. de locato, §. nunc aliqua, vers. 48. Io. de Imo. & alij in d. c. potuit, de loc. put eos refert, & sequitur Math. de Afflict. decis. Neap. 174. nu. 3. & inquit Bal. in c. 1. in prin. nu. 3. quo tempore miles, quòd quotiescunque iure permittente facta est resolutio contractus à iure vel ab homine nõ est tractandum de moræ purgatione. Matth. de Afflict. alios allegans vbi sup. sed in instrumento locationis sunt aliæ clausulæ ac verba ex quibus impeditur moræ purgatio, vt ex ipso patet: & ita merito in simili casu per senatum Neapolit. fuit condemnatus rusticus emphyteuta ad restituendum fundum eiusque possessionem vacuam domino directo, vt testatur Afflict. vbi sup.

6 Quare † erit optima cautela ad hoc, vt emphyt. non possit moram purgare, quòd statim lapso termino dominus dicat se velle, vt cadat in commissum, nam statim lex facit exequutionem, vt in d. l. 2. & ibi Ias. d. q. 29. nu. 74. idem in d. l. si insulam num. 16. ita in terminis d. l. 2. & d. c. potuit, hanc cautelam applicauit Cæpola cautela 135. incip. tu scis, & Rom. cons. 103. Alex. cons. 106. vol. 4. nu. 4. Catel. Cotta in suis memoral. litt. verbo emphyt. non soluendo, Afflict. vbi sup. & Dec. in authentica qui rem, num. 6. C. de sacrosanc. ecclesijs, quæ cautela procedit etiam in tacita declaratione domini secundum Abb. consil. 67. in 2. part. cõsiliorum, Decius consil. 146.

7 Hæc † tamen cautela hodiè non procedit attenta d. l. 28. tit. 8. part. 5. vbi permittitur emphyteutis post lapsum bienij, & triennij respectiuæ cessationis à solutione pensionis de quibus, supra morã purgare intra 10. dies, & dominus tũc temporis tenetur redditum recipere & emphyteutam expel-
8 lere non potest: nam † si dominus ante lapsum d. 10. dierum declarauerit tacite vel expresse se velle expellere emphyteutam adhuc intra d. 10. dies admittitur purgatio moræ, vt satis colligitur & probatur ex illa l. regia vt ex ea deduxit Gregor. Lop. ibi in glos. 10. dies, alias enim esset in manu domini præcludere emphyteutæ atque omnino eidem tollere viam & terminum 10. dierum à l. regia ipsi concessum ad purgandam moram quod minime est dicendum; hoc tamen locatori non obest in nostra specie, quã procedit vbi res est integra; secus tñ erit si dominus emphyteusis, ante hos 11. dies, lapso d. biennio vel triennio rem alteri in emphyteusim concessisset, tunc namque poterit emphyteuta moram purgare; præsertim si dominus iam esset alteri obligatus de euictione, quia purgatio moræ, non habet locum nisi re integra vt in terminis probat sic declarans l. illam regiam Gregor. Lup. in proprio locu, in glo. 10. dias, ante finem. at in nostro casu dominus fundi iam alteri locauit eundem, eique tenetur de euictione, vt patet ex instrumento a. locationis, ergo non habet locum moræ purgatio.

Similiter non obest quòd in emphyteuta ecclesiæ prædiximus, nempe quòd possit celeri satisfactione consulere sibi: hoc nanque locum habet in emphyteuta ecclesiæ; nos vero loquimur in conductore priuati.

Præterea illud, quod diximus de celeri satisfactione emphyteutæ ecclesiæ diuersimode verificatur, suntque plures opiniones in hoc circa eius significationem, quibusdam existimantibus intelligendum esse quadrimestri antequam lis conte-
9 stetur, alijs vsque ad sententiam: sed † verior & crebrior sententia est, hoc esse in iudicis arbitrio, vt relatis alijs opinionibus probauit gl. in d. cap. potuit. verb. clerici, in fine. & ibi communiter Doct. præcipue Beroius. nu. 142. in fi. & tenet Bar. in d. l. si insulam, nu. 3. & ibi Angel. in repet. num. 50. vbi Rip. nu. 35. testatur communem & Iacob. de Nigris, nu. 110. & ibi Alciat. nu. 15. est communis secundum Greg. Lop. vbi sup. & testatur magis communem Iul. Clar. lib. 4. recep. sententiarum, §. emphyteusis. q. 8. versicu. item quæro, & Menoch. de arbit. Iudic. lib. 2. cent. 1. casu 7. nu. 13. vbi nu. 14. cum Ias. quòd iudex arbitrabitur iuxta qualitatẽ rei & personarum, an diues vel pauper sit emphyteuta & diuiti minus tempus tribuet secundum
10 Bar. & Beroi. vbi sup. si † tamen iudex arbitraretur hoc casu intra sex menses posse moram purgare, male arbitraretur per tex. in d. c. potuit, ibi, celeri satisfactione, &c. ita Bald. cons. 157. volum. 2. Anchar. cons. 421. & Ias. in d. l. 2. nu. 45. C. de iure emphyt. Rip. in d. l. si insulam, nu. 63. Dec. cons. 138. & Bertran. cons. 11. & 45. vol. 3. & peius qui 25. annos & vltra arbitraretur, esse modicum tempus ad purgandam moram vt in terminis tenet Ias. cons. 82. colum. 2, vers. præterea, vol. 1. & Rip. in d. l. si insulam, nu. 30. & 32. & sequitur D. Tiber. Decianus cons. 10. num. 10. vol. 1. His tamen non obstantib. prout vere nõ obstant contrarium respondimus in facti contingentia, nempe conductorem primum tuendum esse in sua conductione, atque eidem iustitiam fauere contra dominum fundi sequentibus fundamentis.

11 Primo † quia licet iste conductor intra terminum. 15. dierum conuentum fideiussores non præstiterit, in contractibus tamen potest mora purgari vsque ad litis contestationem vt in d. l. si insulã, ff. de verb. oblig. & ibi communiter Doct. l. 35. ad fin. tit. 11. p. 5. quamuis in iudicialibus stipulationibus

nibus possit mora purgari post tres, aut quinque plures ve dies arbitrio iudicis, si ius actoris nō fit factum deterius vt in l. & si post tres, & ibi glo. & Docto. ff. si quis cautio. l. 36. & 37. tit. 11. p. 5. Cum igitur simus in priori specie, nempe in contractibus, licitum fuit præd. conductori moram purgare: & sic post lapsum dicti termini præstare ptuit præstitit fideiussores idoneos, ante tamen quam ad iudicium neque litem accederetur, vel deueniretur.

Secundo quoniam etsi quando conductor præstitit idoneam fideiussionē esset lapsus terminus decem & quinque dierum ad eam præstandam cō-
12 stitutus; nihilominus † ad resolutionem contractus requirebatur declaratio domini fundi, vt patet ex ipso contractu quandoquidē in eo datur electio domino fundi vt præd. fideiussio non præstetur in termino decem & quinque dierum, possit vel conductorem compellere ad eam præstandam vel locationi non stare, & sic ante declarationem & electionem, res erat integra, contractusque validus, & in sua essentia permanens: poterat siquidem dominus eligere alteram viam conseruationis contractus, quod in dubio potius præsumendum est quam ipsius resolutionem atque destructionem, vt potius actus valeat quam pereat argumento l. quoties, ff. de reb. dub. interim ergo quod dominus fundi non declarat animum suū neque eligit vnam, vel alteram viam, contractus integer est, ac in sua perfectione; sed sic est quod conductor præstitit præd. fideiussionem idoneam, ante præfat. domini declarationem atque electionem vt patet ex datis, ergo potuit iure optimo moram purgare: quia ad incurrendam caducitatem contractus eo casu quo ipsa locum habeat requiritur
13 declaratio domini: Pœna † enim caducitatis locum non habet nisi domino directo volente, vt in d. l. 2. C. de iure emphy. ibi, volenti, ei licere eum à prædijs emphyteuticarijs repellere, &c. Et iterum ibi, si dominus voluerit, & in d. c. potuit de locato ibi, iuste potuisset expelli, & vtrubique communiter Doct. & testatur cōem esse hanc opinionē Cur. Iun. consi. 109. nu. 11. & consi. 150. num. 23. Qua-
14 re † propter cessationem emphyteuta nō cadit ipso iure ab emphyteusi, sed ita demum si dñs directi dominij id eclararerit velle esse locum caducitati, vt in specie tenet Bart. in d. l. 2. nu. 2. quam sequuntur communiter Doct. vt inquit Paul. Paris. consi. 108. num. 35. lib. 1. & Cæpol. consi. ciuil. 25. nu. 2. & plures alios referens Iul. Clar. d. §. emphy
15 teusis, q. 9. vbi † quod statim facta declaratione domini cadit ipso iure emphyteuta, nec requiritur iudicis sententia, vel declaratio secundum plurimorum sententiam, quos refert asserens non esse in practica ab hac communi opinione, quam etiā consuetudo approbauit, aliquo modo recedendū: & eam testatur communem Greg. Lop. in d. l. 28. tit. 8. p. 5. in glo. *sin mandando del juez*, vbi etiam limitat duobus modis: poterit ergo ante declaratio nem domini emphyteuta moram purgare ptour in terminis tenet Iul. Clar. d. quæst. 8. in fi. dicens
16 † quòd in dubio antequam dominus declarauerit velle esse locum caducitati, iudex debet semper declinare in sententiam per quam caducitas ipsa euitetur: ergo idem in proposito nostro dicendum est, & quamuis hodie emphyteuta decisum exter, quod possit moram purgare intra 10. dies, vt in d. l. regia, cum tamen ipsa loquatur in emphyteusa;
17 in cæteris † namque casibus extra casum emphyrensis seruabitur ius commune, quod habet, vt mora in contractibus purgari possit vsque ad litis cōtestationem.

18 Tertio † eadem pars comprobatur quoniam in ipsa declaratione domini eligentis resolutionē cōtractus, ipse fatetur in pacto simpliciter contineri, quòd si non præstetur fideiussio, competat sibi præd. facultas: & sic quod quamuis pactum affirmatiuum præstandi fideiussionem idoneam habeat terminum limitatum quindecim dierum, negatiuum tamen, nempe, si eam non præstiterit, ad incurrendam dictam pœnam resolutionis contractus. Si dominus id elegerit, nullum terminum habet; ergo debet intelligi, vel secundum ius, & sic quod liceat moram purgare, ne aliàs in præfatam pœnam incurrat conductor, quia odia sunt restringenda, & fauores sunt ampliandi, vt in regula iuris, & in pœnalibus stricta interpretatio est facienda: sed cum pactum hoc negatiuum, nullum certum terminum habeat, consequitur pœnam præfatam non esse imponendam, licèt in termino præfato quindecim dierum, fideiussio præstita non sit, eum sufficiat eam præstare re integra antequā dominus declarauerit suam voluntatem.

Superest modo vt respondeamus fundamentis supra in contrarium adductis, & primum quidem non obstat, quoniam hic non fuit conuentum, vt si in termino quindecim dierum fideiussores non essent præstiti, competeret electio dño fundi, &c. vt ipse dñs fundi fatetur in sua præd. declaratione, sed simpliciter absque vllius termini præfixione si fideiussores nō præstaret; sed hæc negatiua non est verificata, quia eos præstitit re integra conductor, vt constat, ergo &c. Præmaxime quod etiam si pactum negatiuum conceptum fuisset cum præd. termino quindecim dierum, adhuc potuisset post lapsum ipsius conductor moram purgare, vt infra dicemus. Secundum etiam fundamentum ex communi opinione quæ habet quod in contractibus, vbi est dies & pœna, non admittitur purgatio moræ, non obest, quoniam hæc recepta sententia procedit de rigore iuris ciuilis, non vero de iure cano-
19 nico & eius æquitate, quo† attento etiam in dispositione iurata, & vbi alias nō poterat mora purgari, admittitur purgatio moræ, si ius actoris non sit factum deterius, vt tenuit gl. in c. apud misericordem in gl. 1. 32. q. 1. sensit & glo. in c. beatus vero moribus, 22. q. 2. ex quibus glossis ita etiam tenet Bald. in l. qui crimen, q. 11. num. 20. C. de his qui accus. non pos. & hanc opinionem communem esse & receptiorem plures allegās testatur D. Ant. Padilla in l. si quis maior, nu. 25. C. de transact. & latius nu. 5. de hoc agimus, idem sequuti atque professi in nostro tractatu de iuram. confirmat. 3.

par.c. 17. nu. 5. & seqq. & supra hoc lib. conf. 33. nu. 3. & ita est tenendum, tametsi Alex. in d. l. si insulam nu. 38. & Ias. Crotus, & Rip. ibi num. 93. & ante eos Rom. singul. 449. iuramentum excludit. & consl. 427. num. 7. & idem Rip. in l. vltim. quæst. 32. nu. 110. C. de reuoc. donat. & Alc. in l. 4. §. Cato, nu. 146. ff. de verbor. obligat. & ibidē Galiaul. nu. 60. intelligant hoc procedere & loqui in foro poli, & conscientiæ, secus in foro cōtentioso, quos refert & sequitur D. Tiber. Decianus consl. 10. nu. 6. vol. 1. vbi etiā in idem citat Ruyn. Gozad. Crauet. & Ias. quorū sententia saltem in nostro regno procedere non potest, vt statim dicemus. Et pro communi sententia allegatur c. suam de pœnis ex quo text. deducit & tenet Gregor. Lop. in l. 8. tit. 14. par. 5. in glo. 2. ad fi. quod † hodie semper de iure canonico mora purgari potest, & quod ista limitatio in his regnis erit magni effectus, quia cum per ll. partitarum non reperiatur expressē cautum, quod vbi est dies & pœna, non admittatur purgatio moræ, & deficiente iure regio potius sit recurrendum ad ius canonicum, quam ad ll. Imperatorum, secundum Palat. Rub. in introductione c. per vestras de donat. inter vir. & vxo. in vers. idem videtur mihi dicendum, &c. admittetur moræ purgatio sequendo æquitatem canonicam. Et ita de æquitate canonica seruanda etiam in foro seculari communis opinio præfata non procedit, quia semper potest mora purgari, secundum Gregorium Lopez, vbi supra quem sequutus sui etiam dict. c. 17. vbi quod in simili casu fuit pronuntiatum duabus sententijs conformibus in regali cancellaria Pinciana, in specie de qua ibi nos egimus: & rursus in dicto consl. 33. nu. 4. & 5. Quinque tamen debent concurrere ad hoc, vt purgatio moræ non admittatur in terminis d. c. suam, secundum Aret. Andr. Sicul. Galiaul. & Alciat. in dicto §. Cato. quos & alios refert & sequitur Decianus, vbi sup. nu. 7. Primò, qd pœna sit nimis excessiua. Secundò, q̄ pars sortis soluta esset, quæ excederet etiam totam pœnam. Tertiò, quod quasi totum debitum foret solutum sponte, & modicum restabat. Quartò, quod litigantes sint ecclesiastici, vel religiosi. Quintò, quod actor, & creditor non fuisset damnum passus. Sed in nostro casu quando præstita fuit dict. fideiussio, res erat integra, & ius locatoris in nullo erat factum deterius. Optimo ergò iure habuit locum moræ purgatio per supra dicta. Cætera nanque requisita supra dicta, hic non conueniunt præter illud, quod litigantes sint personæ ecclesiasticæ, vel religiosæ: sed hoc non est omnino tutum, nec verum, quandoquidem in c. non sit vis in casu d. c. suam, saltem præcise & necessario. Quinimo idem Tiberius Decianus, consl. 84. nu. 26. vol. 2. generaliter docet moram de æquitate canonica purgari posse, quandocunque vt per omnes in dicto ca. suam de pœnis, & alios allegat. Quinimo proprie dici non potest moræ purgatio, quandoquidem mora non fuit commissa, quia non fuit cōstitutus vllus terminus ad pactum negatiuum pœnale, vt prædiximus: quo fit, vt ex his, quæ respondimus secundo fundamento partis contrariæ non solum id tollatur, sed præcise, ac peremptorie iustitia conductoris probetur contra locatorem.

Tertium fundamentum contrariom non obstat, quoniam loquitur & procedit, vt ex ipso patet post factam declarationiam domini, quo casu emphyteuta non potest moram purgare, quoniam statim lex facit executionem, impeditque moræ purgationē: at vero ante declarationem domini, quæ est necessaria bene locū habet moræ purgatio vt probauimus supra in secundo fundamento huius secundæ partis. Sed in nostro casu fideiussio idonea præstita fuit ante declarationem locatoris, ergo habuit locum moræ purgatio: eodemque modo respondetur ad cætera, quæ præd. tertio fundamento contrariæ partis adiecta fuerunt, nempe quod non liceat moram purgare facta resolutione contractus: quoniam in proposito mora siqua intercessit purgata fuit ante resolutionem contractus, & declarationem domini, vt est prædictum, & sic cessant, vt constat ex eodem Mattheo de Afflict. vbi supra à contrario sensu: & præterea, quia de æquitate canonica seruanda etiam in foro seculari mora semper purgari potest, etiam in casibus, in quibus de iure ciuili purgari non poterat, quando res est integra & ius actoris non est factum deterius, vt supra deduximus, & in specie nostra vtrunq; concurrit.

21 Vltimo † non obstat, qd adduximus ex Greg. Lop. in d. l. 28. in glos. *dież dias*. ante fi. quia dato quod illa opinio Gregorij esset vera quod non procedit sine dubio: cum lex illa 10. dies concesserit emphyteutæ ad purgandam moram, nec distinxerit, an dominus interim eandem rem alteri in emphyteusim concesserit, nec ne? Et præterea cum dominus infra dictum terminum 10. dierum purgandæ moræ concessum, non possit declarare se velle fundum cadere in commissum, ad precludendum viam emphyteutæ, purgandi moram infra dictos 10. dies, & sic hodie per illam l. regiam cesset cautela communis Doctorum, vt prediximus, videtur quod nec etiam altera concessio ipsius domini in fauorem alterius minime præiudicet, aut noceat priori emphyteutæ, quominus ipse possit moram purgare infra prædict. terminum legalem decem dierum: quoniam licet res non sit integra, hoc non videtur habendum in consideratione, cū fuerit factum scienter à domino in præiudiciū primi emphyteutæ, & sic sibi nocere non debeat. Alias enim esset in manu domini defraudare semper priorem emphyteutam, concedendo statim rē alteri in emphyteusim, non expectato lapsu decem dierum, vere, vel ficte, cumque grauaret onere probandi simulationē, quod non ē permittendum: nihilominus in nostro proposito, licet opinio præfata Gregorij esset vera, adhuc nihil noceret, quia in nostra specie res erat integra, quando præstita fuit fideiussio idonea: nondum enim dominus fundi, idemque locator declarauerat suam voluntatem, neque elegerat vtrum mallet, nec alteri, cundem

dem fundum locauerat, vt constat ad oculum ex datis fideiussionis,& declarationis locatoris, & secundæ eiusdem locationis alteri factæ, & sic cessant omnino omnia contraria,resque efficitur plana in fauorem conductoris per supradicta.

SVMMARIA.

1 *In re propria quilibet est moderator & arbiter, præmaxime cum ex hoc alteri præiudicium non infertur.*
2 *Prouidendus ad beneficium curatum vltra alia oportet quod literis sit præditus.*
3 *Quotiescunque requiritur aliqua qualitas ad admittendum, vel excludendum aliquem in beneficio, officio,vel dignitate, illa qualitas debet adesse tempore acquisitionis,nec sufficit quod ex post facto interueniat.*
4 *Habilitas præcipue requiritur tempore, quo officium assumitur,& non tantum sufficit tempore acquisitionis officij,sed etiam debet esse a principio.*
5 *Eligendus virtute vltimæ voluntatis,vel alias ad aliquod officium requirens certam qualitatem,ea debet adesse tempore electionis, & non sufficit quod adsit tempore administrationis.*
6 *Beneficium quotiescunque ex fundatione, statuto, vel consuetudine, non potest dari nisi habenti sacrum ordinem, vel sacerdotium prouideri non potest alteri, quam habenti illum ordinem, vel sacerdotium.*
7 *C.5.de reformat.sess.25. sacri Concil. Triden. adducitur in proposito.*
8 *Nemo iure sibi quæsito priuari potest,sine ipsius facto, vel culpa.*
9 *Ex edicti propositione,quidam contractus vltro citroque obligatorius inter oppositores & electores resultat,quem tenentur electores præcise obseruare.*
10 *Data paritate votorum beneficium prouidendum est habenti plures qualitates.*

CONSILIVM XXXXIIII.



Acante vicaria cuiusdam beneficij, ecclesiastici curam animarum habentis capitulū cathedralis ecclesiæ, ad quod spectabat prouisio eiusdem vicariæ, edicta proponi fecerunt cum certo termino omnibus se opponere volentibus,vt comparerent in eodem, ea adiecta conditione, vt oppositores deberent esse graduati in sacra Theologia, vel iure canonico : contigit vota canonicorum paria fuisse in duos oppositores,quorum vnus tempore prouisionis,& antea habebat præd. gradus qualitatem, alter vero minime. Sed in continenti paucis diebus elapsis post dictam prouisionē gradum requisitum consequutus fuit,post quam capitulum decreuit,vt præd.oppositores attenta æqualitate suffragiorum docerent qualitates quas haberent, vt magis qualificato vicariam conferrent, super quibus qualitatibus iterum capitulum sua suffragia emisit in præd.duos oppositores. Rursus æqualiter diuisum fuit, quibus visis causa ordinario delata fuit: dubitatur quis horum sit præferendus in assentione huius vicariæ? Respondi, quod data paritate suffragiorum præferendus est ille, qui tēpore prouisionis habebat qualitatem gradus requisitam,illi,qui postea eam acquisiuit,ex sequentibus fundamentis.

Primò,quia qualitas hæc gradus, summe vtilis est animis fidelium curandis, vt patet, & ideo capitulum eam requisiuit in suis edictis, vt etiam patet,idque potuit recte facere,quia ad ipsum spectat cura ouium suæ ecclesiæ, atque conuenientem pastorem loco sui eidem preponere,vt expeditiorem,atque aptiorem illum eligeret,decreuit, vt prouidendus esset graduatus in sacra Theologia,vel iure Pontificio:in † re autem propria quilibet est moderator & arbiter,vt in l.in re mandata,C.mandat.ibi. Nam suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter. Præmaxime cum ex hoc alteri nullum præiudicium inferretur, iuxta tradita per Octauia. Cacher.decis.Neapolit.13.per totam:imo fecerunt rem gratam Deo,atque pro sui exoneratione omniuo conuenientem : cum † prouidendus ad beneficium curatum, literis vltra alia oportet quòd sit præditus,vt in c. cum in cunctis,§.inferiora de elect.& in Concil.Trid.sess.24. c.18.de reformat.

3 Cum † igitur hæc ita se habeant iure decisum extat, quod quotiescūque requiritur aliqua qualitas ad admittendum,vel excludendum aliquem in beneficio,officio,vel dignitate, illa qualitas debet adesse tempore prouisionis, nec sufficit quod ex post facto interueniat, ita probat text.loquens in beneficijs in cap si eo tempore,de rescript.in 6. est etiam bonus text.in l.2.ff.de excusat.tutor.vbi Bartol. per illa iura notat, quod si aliquis impetrauit beneficium, eo tempore, quo non habebat legitimam personam,& quæstione pendente peruenit ad ætatem legitimam, tunc inspicimus tempus quo fuit electus, hanc etiam regulam probat Roderic. Suarez allegat.12. pag.2. in medio. & Auendan.lib.1.c.12.prat nn.13.in vers.octauum est,&c.13.nu.7. & Abb.in c.post cessionē, nu.10. de præbend.vbi Dec.nu.5.& 19.notat ex illo text. 4 secundum communem intellectum, quòd † habilitas præcipue requiritur tempore, quo officium assumitur,& non tantum sufficit habilitas tempore acquisitionis officij, sed etiam debet esse à principio,per text.in d.c.si eo tēpore: præcipue si prohibitio respiciat principiū actus, vt in nostra specie, quandoquidem in edictis cautum fuit, quod oppositores essent graduati : & quod qualitas requisita debeat interuenire tempore actus, & non sufficiat quod postea acquiratur, tenet late plures allegans Pau.Paris.consil.62.num.16. & pluribus sequentibus lib.4. & nos quoque latius probauimus supra cons.1.nu.15. ergo qui præd.qualitatē gradus non habebat tempore oppositionis admitti non debuit, neque suffragijs dignus fuit, sed tantum ille,qui tunc tēporis erat graduatus, huic igitur conferenda est per sententiam vicaria prædicta,non vero illi,qui carebat qualitate requisita tempore debitu.

Secun-

5 Secundo † quia quoties aliquis est eligendus,
virtute vltimæ voluntatis (vel etiam alias) ad ali-
quod officium, requirens certam aliquam quali-
tatem ea debet esse tempore electionis,& non suf-
ficit quod adsit tempore administrationis,vt ex d.
c. si eo tempore,tenet Bart. in l. si vsusfructus, nu.
fi. ff. de stipul. seruorum. Sic etiam videmus, quod
6 † quotiescunque ex fundatione,statuto,vel cõsue
tudine beneficium aliquod nõ potest dari, nisi ha
benti sacrum ordinem,vel sacerdotium,tunc non
potest prouideri alteri,quam habenti illum ordi-
nem,vel sacerdotiũ,iuxta gl. in d. c. si eo tẽpore de
rescrip. in 6. & glo. & ibi Doctores in Clem. vt hi
qui,versi. annexis,de ætate & qualit. sequitur Bo-
nifacius in peregrina. legum partitarum,verb. be-
neficium q. 3. in glo. conferendum,in fin. & Gre-
gorius Lop. in l. 3. tit. 16. partit. 1. in gloss. *catorze
años*. Rolaod. a Valle consil. 47. nu. 59. lib. 1. Cæ-
sar Lambert. de iure patronatus, art. 29. secundæ
quæstionis principalis, primæ partis, secundi li-
bri, & in hoc casu limitatur dispositio, c. licet ca-
non. cum simil. de elect. in 6 quæ habet sufficere,
vt præsentandus, vel prouidendus ad ecclesiam
parochialem sit ætatis idoneæ, ita vt infra annum
possit promoueri ad ordinem sacrum presbytera-
tus iure communi requisitum, vt non procedat
quoties ex fundatione, statuto, vel consuetudine
huiusmodi beneficium esset prouidẽdum illi, qui
in actu haberet prædictum ordinem,tunc enim ni-
si illum tempore præsentationis vel prouisionis,
re vera & actualiter haberet, illi prouideri non
posset,& teoe,vt præd. Doctores,& in terminis la-
tissime plures allegans, ita resolui dicto consil. 1.
num. 12. cum sequentibus,cum igitur hęc vicaria
juxta contenta in dictis capitulis prouidẽda esset,
habenti gradum prædictum,necessario requiritur
ipse gradus actualiter tempore oppositionis, vel
saltem prouisionis.
7 Tertiò † idem comprobatur ex ca. 5. de refor-
mat. Sess. 25. sacri Conc. Triden. cuius verba sunt
hæc: Ratio postulat, vt illis, quæ bene constituta
sunt contrarijs ordinationibus non detrahatur.
Quando igitur ex beneficiorum quorumcunque
erectione,seu fundatione, aut alijs constitutioni-
bus qualitates aliquæ requiruntur, seu certa illis
onera sunt iniuncta in beneficiorum collatione,
seu in quacunque alia dispositione eis non dero-
getur;idem in præbendis theologalibus,magistra
libus,doctoralibus,aut presbyteralibus, diacona-
libus,ac subdiaconalibus, quandoquidem ita con
stituta sunt,vt eorum qualitatibus,vel ordinatio-
nibus nihil in vlla prouisione detrahatur: & aliter
facta prouisio subreptitia censeatur. idem proba-
tur Sess. 22. cap. 4. de reformat. ad finem. Qualitas
igitur graduum in Doctoribus, & Licentiatis in
sacra Theologia,& in vtroque,vel altero iurium,
quam debent habere oppositores præbendarum
magistralium,& doctoralium,cæteręque qualita-
tes sacri ordinis, & aliorum ad præbendas, aliaq;
beneficia requisitæ necessario debent interueni-
re,atque concurrere tempore oppositionis,& pro
uisionis,iuxta supra dicta decreta sacri Conc. Tri
den. ergo idem in nostra specie ex identitate ra-
tionis dicendum est.
Nec obstat assertio cõtrariæ partis dicentis suf-
ficere, quod præd. qualitas gradus superuenerit
tempore exercitij præd. officij vicariæ, quãdoqui-
dem ad id ipsum ea requiritur: quoniam respon-
demus hoc tunc procedere posse, cum hæc quali-
tas gradus à principio nõ requireretur. Attamen,
cũ ipsa desideretur à principio, vt patet ex dictis,
non sufficit quod postea interueniat: præmaxime
quod si aliquo casu locum habere posset hæc alle-
gatio, esset in defectum alterius oppositoris, qui
tempore oppositionis eandem qualitatem non ha
beret at vero cum sit alius habilis & capax, à prin
cipio habens pręd. qualitatem gradus, gradus no-
uus secundi, priori præiudicium aliquod genera-
re, aut inferre nequibit in iure iam sibi quęsito ad
præd. vicariam, argumento l. fin. ff. de pact. ibi. sed
verius est semel acquisitam fideiussori exceptio-
nem pacti,vel alterius inuito extorqueri non pos-
se: sed in præsenti casu ex statuto, decreto, atque
edicto capituli ius fuit acquisitum graduato tem-
pore oppositionis & prouisionis,& per consequẽs
oppositor non graduatus tunc temporis nullum
ius habuit: acceptio igitur gradus postea acquisi-
ti nullo modo præiudicare potuit priori debito
8 tempore qualificato: nemo † enim iure sibi quęsi-
to priuari potest sine ipsius facto, aut culpa, l. vlti-
mæ, C. si contra ius, vel vtilit. pub. l. id quod no-
strum. ff. de reg. iur. & in ca. quæ in ecclesiarum de
constitut. cum simil. id, quod probat late Tiraq.
de vtroque retract. 2. par. gl. 7. num. 20. cum seqq.
vbi ampliat & hanc esse communem opinionem
plura iura allegans testatur D. Antonius Gomez.
in l. 40. Tauri. nu. 30.
9 Ex † edicti namque propositione quidam con-
tractus vltro citroque obligatoribus inter opposi-
torem actu graduatum & electores resultat, quem
tenentur electores præcise obseruare, vt loquens
in illa qualitate in edictis adiecta, quod digniori
cooferretur prębenda vacans probat D. Molina
de Hispao. primogen. c. 5. num. 57. & Fr. Bartolo-
mæus à Medina in sua instruct. confess. in decla-
ratiooe 7. præcepti diuini, §. 32. fol. 165.
Non etiam obest,quod oppositor non gradua-
tus fuit admissus ad suam oppositionem, ac per
consequens fuit toleratus ab eodẽ capitulo, quod
potuit à priori lege & cooditione recedere, ante-
quam ex ea alteri fuisset ius quæsitum, argumen-
to l. si quis in principio testamenti, cum simil. ff.
de lega. 3. sicque obijci eidem oppositori non po-
test defectus gradus, cum fuerit à capitulo admis-
sus,& in examine approbatus absque tituli gra-
dus ostensione, eius enim est destruere cuius est
cõdere: capitulum igitur quod potuit prædictam
conditionem gradus sua volũtate in edictis adij-
cere, atque requirere, potuit contrarium posteà
velle: prout fecit antequam terminus edicti labe-
retur admittendo, & examinando præd. opposi-
torem, prout fecit absque gradu, præmaxime cum
post ea

postea breui tempore gradũ consequutus fuerit, & quod parum distat, nihil distare videtur, &c.

His namque omnibus respondeo capitulum, minime tacite, neque expresse derogasse, nec derogare voluisse prædict. qualitati gradus maxima deliberatione adiecta, neque est in dubio hoc presumendum cum sapiat correctionem, argumento. l. præcipimus, C. de appellat. l. sancimus, C. de testamentis. sed tantum simpliciter admisisse atque examinasse præd. oppositoré sicut & graduatum iuxta formam edicti: postea namque ostendi debuerant tituli, cæteræque qualitates oppositorũ, prout ab eodem capitulo fuit præceptum cum assignatione termini competentis, quo elapso apparuit ex actis illum non fuisse graduatum tempore oppositionis, neque prouisionis, sed post prouisionem, & postquam oppositoribus à capitulo fuisset terminus assignatus ad probandas & ostendendas suas qualitates: quo fit, vt cũ tunc ex actis patuisset priorem oppositorem qualitatem requisitam habuisse tempore oppositionis & prouisionis, alterum vero minime, sed postea eam acquisisse, non debuit reputari pro legitimo opposito re hic secundus, neq; ad suffragia admitti in præiudicium prioris legitimi, suique iuris ex edictis, & per suam oppositionem sibi acquisiti ad præd. vicariam. Secundo respondeo, quod capitulũ etsi expresse vellet derogare præd. qualitati gradus in edictis requisitæ, adhuc non posset in præiudiciũ iuris graduato iam acquisito, vt ex prędictis manifeste probatur: præmaxime cum id non fecerit; tunc enim id posset iure facere, quando non esset alius oppositor graduatus, vel re integra antequam qualificatus iuxta formam edicti compareret: sed admisso semel graduato, & qualificato iuxta prædict. formam edicti, cum eidem per edictum simul cum sua oppositione fuerit ius acquisitum ad vicariam ut docuimus, & electores teneantur præcise obseruare prædict. formam ratione contractus initi, vt prædiximus, consequitur manifestissime minime potuisse eosdem, etiam si id expresso facere intenderent, quod nedum expresso, sed nec etiã tacite voluerit, eidem qualitatem derogare in fauori non graduati debito tempore in præiudicium legitimi & qualifi-

2 cati oppositoris: denique † data paritate votorũm beneficium prouidendum est habenti plures qualitates, iuxta tradita per Cæsar. Lambert. de iure patron. 1. artic. 5. partis princ. 3. partis lib. 2. nu. 4. ibi, sed aliqua qualitate existente maiori in vno, quã in alio, si qualitas facit illum præferri, cessabit optio, fol. 225. pag. 2. col. 1. in nouis Rebuff. in tractatu nominatio. quęstione 21. num. 46. sequentibus pag. 256. col. 2. sed negari non potest quin prior oppositor habeat plures qualitates, tũ ex supra dictis, tum quia in sacra Theologia est graduatus, alter vero in iure pontificio, ille igitur huic præferendus est, vt in terminis probat Rebuf. vbi supra.

S V M M A R I A.

1 *Prius agendum est de possessione & postea de proprietate.*
2 *Pro annuis præstationibus alicuius iuris maxime realis alicuius census vel pensionis pro aliqua re in signum subiectionis competunt remedia possessoria.*
3 *Turbare is dicitur in corporalibus, qui prohibet cẽsum, vel vectigal, vel redditus mihi pendi.*
4 *Priuilegium amittitur per non vsum decennij.*
5 *Plus creditur duobus testibus affirmãtibus quam mille negantibus.*
6 *Mandatum casus non expressos comprehendit, quando in eo alij exprimuntur ad quos speciale mandatum requiritur, & præterea clausula generalis adijcitur ad omnes alios.*
7 *Vbi speciale mandatum requiritur ad aliquam rẽ veluti ad restitutionem petendam, hoc tamen non est necessarium vbi res illa veniret incidenter causæ in qua quis speciale mandatum habet.*

CONSILIVM XXXXV.

BReuitati deferendo: visis probationibus vtriusque partis, partes iudicis apostolici erunt in confirmando sententiam diffinitiuam latam ab ordinatio loci in fauorem fabricę cathedralis eiusdem loci decani & capituli illius super quasi possessione exigendi quartam quęstarum, quę in dicto epi-
3 scopatu colliguntur pro hospitali alterius diœcesis & reuocare contrariam latam à iudice Metropolitano Salmantino.

Primo quia hoc est iudicium possessorium, in quo ecclesia præfata recte probauit prædictam suã antiquissimam possessioné exigendi per se suosque œconomos præd. quartam partem omnium prædictarum quæstarum, vel alteram, quæ inter prefatos œconomos, & factores, atque exactores, dicti hospitalis cõueniebatur & cõstat hęc cõsuetudo & possessio ex testibus productis ab eadem ecclesia, & præterea ex instrumentis & libris rationum d. fabricæ in processu productis: quo sic stante, regu-
1 la iuris est † quod ante omnia de hac possessione agendum est & in ea tuenda dicta Ecclesia & postea agetur de proprietate, vt in l. ordinarij, C. de reiuend. & in l. incerti, C. de interdict. & adhoc competunt plura remedia atque interdicta, veluti retinendi, & vti possidetis, vt in locis ordinarijs habetur.

2 Secundo & in terminis, quia pro annuis præstationibus alicuius iuris maxime realis nempe alicuius census, vel pensionis pro aliqua re in signum subiectionis competunt remedia possessoria, vt probat expresse text. in c. querelam in fin, de electio. & ibi DD. scribentes etiam in l. si certis annis, C. de pact. sequitur plures referens D. Ant. Gom. in l. 45. Taur. num. 172. dicens hanc opinionem practicasse in contingentia facti, & Matth. de Afflict. decis. Neap. 395. per totam, pręcipue nu. 3. & sequentibus, vbi nu. 8. concludit quòd tam DD.

iuris

iuris ciuilis, quam canonici concordant in hoc
quod quando occasione alicuius rei conceditur
aliqua præstatio per tempus competit possesso-
rium, vt dicunt omnes in d. locis & alij, quos ibi
refert, & numero quarto, inquit fuisse determi-
natum in consilio Neapolitano per omnes nemi-
ne discrepante, quod licet pro annua præstatione
personali, non sit dare possessorium, tamen est da-
re quendam statum adquē peti pôt vt fiat restitu
tio: & ita loquitur d. c. querelam, secundum Ant.
de But. Card. & Abb. Sicul. aliosque plures quos
allegat, & ita dicunt DD. in d. c. querelam, quod
3 † in incorporalibus turbare is dicitur, quando
prohibet censum, vectigal, vel redditus, mihi pen-
di, vt refert & sequitur alios allegans Iacob. Me-
noc. de retinend. possess. remed. 3. num. 497. & in-
quit Petrus Rebuf. in commentarijs ad regias
constitutiones Galliæ 3. tomo in tractat. de cau-
sis beneficiat. possessor. artic. 10. num. 5. post Bar-
bat. consil. 51. lib. 1. quod is, qui petit. manu tene-
ri, agere dicitur possessorio retinendi: & addit, nu.
8. manu tenere esse defendere & tueri ex l. 1. §. 1.
ff. ne vis fiat ei, & hoc est quod petijt præd. ecclesia
& eidem concessit ordinarij sententia saluo iure
proprietatis de quo alio iudicio agi oportet vt in
terminis probat, d. c. querelam in fine.

Superioribus non obstant bullæ Apostolicæ àc
Regia priuilegia in contrarium producta, quibus
prætenditur sublatam esse consuetudinem exi-
gendi dictam quartam atque ab eisdem improba-
tam: quia primo respondeo, hoc concernere iudi-
cium proprietatis de quo nunc non agitur sed tā-
tum de possessorio iuxta d. c. querelam in fi. & in
hoc iudicio possessorio nihil obstat dictæ ecclesię.

Secundo respódeo præd. concessiones Aposto
licas & Regias nunquā fuisse vsu receptas in co
episcopatu, imo per contrariū vsum atque anti-
quā cōsuetudinē eis est derogatum arg. l. de quib.
cum materia, ff. de legib. sicut idem contigit in Ar
chiepiscopo Toletano illi circunuicino, vt constat
ex processu: præmaxime cum præd. concessiones
sint pura & mera priuilegia vt ex ipsis constat, &
sic contrarium est ius cōmune arg. c. fin. de testa.
4 insuper & consuetudo † probata & per non vsum
decennij amittitur priuilegium vt in l. 1. ff. de nū-
din. l. 3. tit. 7. p. 5. & l. 42. tit. 18. p. 3. Præterea bre-
ue Pij. V. Pontificis maximi ab aduersa parte pro-
ductum fauit præd. consuetudini & restringit pri-
uilegia contraria præfata eaque confirmat quate-
nus fuerint prout esse videntur & ad minus non
sunt in vsu, quinimo per contrarium vsum dero-
gata vt prædiximus, ergo nihil nocent ecclesiæ.

Non obstat etiam probatio contraria hospi-
talis diui Antonij, nec non & ipsius commenda-
tarij, quia omnes testes sunt familiares eiusdem
salariati comedentes & bibentes sumptibus dicti
commendatarij vt ipsimet fatentur in generali-
bus interrogationibus eisque est hoc oppositum
vnde nullam fidem faciunt iuxta iura vulgaria:
deponunt præterea de negatiua, testes autem d.
fabricæ de affirmatiua, vnde succedit communis
5 regula, quæ habet plus † credi duobus testibus
affirmantibus quam decem deponentibus de nega
tiua: ita tenet gl. expressa in l. diem proferre, §. si
plures vero consenserunt, ff. de arbit. gl. etiam in
c. 1. in gl. fi. de rescrip. in 6. Innocen. in ca. super
hoc num. 2. de renuntiat. vbi inquit quod plus
creditur duobus affirmantibus quam centum
negantibus. Abb. in c. in nostra in fi. & in c. cum in
tua. nu. 2. de testib. Bal. in l. data opera nu. 44. C. de
his, qui accusare non poss. Robert. Marant. in re-
pet. l. is potest, nu. 329. ff. de acquiren. hæred. vbi
subdit id habere locum etiam si testes negantes
sint mille: dixi in mea allegat. 6. præ maximè cum
probatio affirmatiua in proposito sit: & corro-
borata libris rationum d. fabricæ.

Tertio non obstat quod contra probationem
ecclesiæ præfatæ obijcitur nēpe esse nullam quia
procurator eiusdem non habuit speciale manda-
tum prout de iure requiritur ad restitutionem,
quam petijt aduersus omissam probationem ob-
tinendā, quia respondeo 1. præd. mandatum suffi-
ciens fuisse quia speciale ad hanc litem & ad alia,
speciale requirunt mandatum adiecta clausula
vberrima huiusmodi: *E hazer y hagays todos los
autos e diligencias judiciales y extra judiciales que
cumplan y conuengan y menester sean de se hazer, e
que nos hariamos e hazer podriamos presentes siendo,
aunque sean tales y de tal qualidad que segun derecho
requieram otro nuestro especial poder*: quod sufficit
ex tex. in c. qui ad agendum de procurat. in 6. ibi,
6 sed † si aliquis, vel aliqui de articulis speciale
mandatum exigentibus specificati fuissent adie-
cta clausula generali, tunc ad non expressos etiam
7 admittitur. Secundo respondeo † quod licet ad
aliquam rē requiratur speciale mandatum, ver-
bi gratia ad restitutionem petendam, hoc tamen
non esset necessarium vbi illa res ad quam exigi-
tur speciale mandatum veniret incidenter causæ;
in qua quis speciale mandatum habet, ita Bart. in
l. indebitam, nu. 2. ver. hic est casus, ff. de cond. in-
debit. communiter approbatus secundum Curt.
iun. in l. 2. nu. 19. & 43. ff. de iurisd. omniū iudic.
sequitur Pau. Cast. in d. l. indebitam. nu. 6. dicens
quod tenent DD. & ibi Ias. nu. 1. Tertio respon-
deo quod idemmet iudex apostolicus iudicauit
hoc mandatum sufficiens ad petendam præd. in
integrum restitutionem, aduersus omissam proba
tionem, quandoquidem virtute eius petitam con
cessit ad præd. effectum, & sententia restitutionis
intimata fuit vtrique parti eidemque consense-
runt, & tandem transiuit in authoritatem rei iu-
dicatæ: non potest igitur nunc pars aduersa cōtra-
uenire nec prædicta impugnare, obstante ei exce-
ptione rei iudicatæ, vt in toto tit. C. & ff. de excep.
rei iudica. & ita fauente Deo iuxta hoc cōsilium,
quod traditū fuit iudici apostolico prædicto cau-
sa decisa fuit, quia confirmauit sententiam ordi-
narij in fauorē d. fabricæ latam & reuocauit con-
trariam Salmantinam.

SUMMARIA.

1 *Reus non tenetur edere actori instrumenta sua, & sic ei arma contra se praestare ad fundandam suam intentionem secundum communem opinionem.*
2 *Primo haec regula fallit fauore ecclesiae & piae causae agentis, cui reus tenetur edere instrumenta.*
3 *Secundo fallit ubi agitur de periculo animae rei conuenti.*
4 *Tertio fallit ad fundandam replicationem actoris.*
5 *Quarto fallit ad coadiuuandam intentionem actoris.*
Quinto fallit ubi reus habet penes se instrumenta originalia tabellionis, vel argentarij.
7 *Sexto fallit ubi iudex ex officio vellet ex causa cogere reum ad edendum actori.*

CONSILIUM XXXXVI.

Cum ecclesia Ciuitatensis decimas in iudicio peteret à quodam magnate suo parocho opus habuit instrumentis locationis defensarum dicti sui parochi ad fundandam suam replicam aduersus exceptionem rei, quare petit ea in iudicio exhiberi pro eruenda veritate, reus vero se non teneri ad id affirmat, quoniam non tenetur de domo sua contra se actori arma praestare, iuxta l. fi. cum simil. C. de edendo, causa super hoc art. conclusa in fauorem ecclesiae allegaui sequentia. Primo† quod etsi praed. regula, cui reus innititur, scilicet non teneri de domo sua actori arma praestare ad fundandam suam intentionem, ex d. l. fin. cum simil. sit vera & communis, non tamen est sine contradictione, contrarium si quidem constanter probat respondens omnibus fundamentis receptae opinionis Aemilius Ferret. in l. 1. à num. 17. cum sequentib. C. de eden. & ibi optime Curt. Iun. nu. 3. cum sequentibus, praecipue nu. 8. nihilominus tamen quamuis recepta sententia in praxi sit tenenda & in iudicio non sit ab ea discedendum secund. Cur. iun. vbi sup. num. 8. multas patitur limitationes, quarum singulae & à fortiori omnes simul iunctae prout in specie concurrunt, fauent ecclesiae.

2 Prima† igitur & praecipua fallentia d. regulae est fauore Ecclesiae agentis, cui reus edere tenetur instrumenta secundum Alex. in d. l. fi. num. 19. C. de edendo. & ibi Dec. num. 13. est communis & vera opinio secundum eund. Dec. in c. 1. nu. 15. de probatio. vbi eam optime defendit, quod etiam probant DD. in alia quacunque causa pia & fauorabili vt testamenti, dotis, & similium, testatur receptiorem & in praxi seruari Aluar. Velasc. quest. 8. emphyteus. nu. 7. nempe vbi ecclesia aliunde probare non potest: & haec sola limitatio sufficiebat in proposito, quandoquidem est communis & decidit expresse nostrum casum.

3 Secunda †limitatio est, vbi agitur de periculo animae rei conuenti: tunc enim ipse actori tenetur edere instrumenta secundū Ias. in l. fi. C. de eden. num. 3. & ibi eius additio post Alex. nu. 21. Dec. in c. 1. nu. 36. de probatio. non soluere autem decimas ecclesiae debitas esset in maximum & notorium periculum animae ipsius rei: hoc autem euitari potest exhibitione praed. instrumentorum, quae sunt penes reum. ex eisdem namque resultabit atque patebit decimas praefatas deberi: exhibenda igitur sunt à reo ecclesiae, praemaxime, quod contra reum nolentē edere procedi potest per viā denuntiationis euangelicae, vt cum alijs resoluit Curt. iun. vbi sup. nu. 9.

4 Tertia† fallentia est ad fundandam replicationem actoris: ad id namque reus tenetur instrumenta edere actori per text. in l. pen. §. fin. ff. ad l. falcid. vbi Angel. notat melius hoc ibi probari quam alibi in iure: & est ratio quia vbi actor fundauit actionem suam, & sic iudex de eo bene opinatur, aequitas dictat quod accipiat probationem de domo rei. Hanc testatur esse communem opin. Bald. in cap. 1. num. 12. de probat. sequitur Ias. in d. l. fin. in fin. C. de edend. post Bart. ibi & testatur communem Curt. Iun. ibi num. 14. & in l. 1. nume. 3. cum sequen. C. eodem, & Dec. in d. cap. 1. nu. 14. de probat. Alciat. in d. l. fin. ver. originem, & Velasc. vbi sup. num. 8. dicens quod praxis eam admittit quamuis aliqui in contrarium disputent: & numeris sequentibus aliquibus modis eam declarat, sed in specie nostra ecclesia habet sufficienter probatam suam intentionem & ad excludendam exceptionem rei oportet produci praed. instrumenta vt ex testibus ecclesiae apparet: ergo ipsa edenda sunt iuxta praed. limitationem.

5 Quarta † limitatio est ad coadiuuandā intentionem actoris iam fundatam secundum Bart. in d. l. fin. nu. 10. C. de edend. est communis secundum Curt. Iun. ibi nu. 16. sequitur plures referens Dec. in d. cap. 1. num. 33. de probat. sed, ecclesia in proposito habet plene probatam suam intentionem quod si aliquid de est, sunt praed. instrumen. ad eam coadiuuandam, ergo quamuis non esset ecclesia ipsa exhibenda forent, per praedicta.

6 Quinta limitatio est quando reus penes se habet instrumenta originalia tabellionis, vel argentarij, secundum Alex. in d. l. fi. nu. 12. sed ex probationibus rei constat, quod hęc instrumenta non fuerunt per tabellionem aliquem recepta, sed potius per famulos & factores ipsius rei, & quod penes eos remanserunt: ergo ea debet reus exhibere.

7 Sexta† & vltima limitatio est, vbi iudex ex officio vellet ex causa cogere reum ad edendum actori: eritque iusta causa & sufficiens, si actori absque eius culpa perijsset causa probandi, & vt veritas eruatur, vt tradit Alex. in d. l. fin. nu. 22. C. de edend. estque communis secundum Dec. in c. 1. nu. 31. de probat. vbi optime resoluit duos casus, in quibus omnes communiter conueniunt: at in nostro casu plura concurrunt, quibus iudex moueri debeat, ad compellendum reum ad edendū, vt ex supradictis patet: ergo id praecipere debet, & ita respondi. denique accedit quod cōmunis praxis & stylus regalis cancellariae Vallisoleti habet quod ad petitionem actoris quantumcunque ad eius intentionem fundandam semper reus cogitur

tur edere instrumenta, vt testatur D. Burg. de Paz q. ciuil. 5. num. 5. vbi, num. 6. & 7. idem probat in terminis iuris communis cum Curt. Iun. vbi sup. postquam vsus positionum fuit cognitus & maxime iure regio. Quibus visis ordinarius Ciuitatens. sua sententia ita etiam pronuntiauit, quo facto reus exhibuit præd. instrumenta, ex quorum tenore intentio ecclesiæ fuit coadiuuata atque verificata, & ideo in diffinitiua contra eundem magnatem in contradictorio etiam iudicio etiam obtinuit super præd. decimis, & quãuis reus à præd. sententia diffinitiua appellauit, in gradu appellationis fuit confirmata prima sententia cum expensis in quibus idem reus fuit quoque condemnatus & tandem exequutoria lata in fauorem d. ecclesiæ cum prædict. sententijs, quia reus amplius noluit appellare.

SVMMARIA.

1 *Tertius possessor præscribit ius pignoris vel hypothecę, aduersus creditorem titulo & bona fide 10. annis inter præsentes, & 20. inter absentes.*

2 *In constitutione census minime venditur res ipsa super qua imponitur, sed quoddam ius percipiendi redditus, vel fructus illius rei vsque ad quantitatē census quotannis soluendi.*

3 *Tertius singularis poßessor cum titulo & bona fide præscribit ius non soluendi censum constitutum super fundo quem possidet, si præd. tempore cum non soluerit, neque sciuerit, constitutum esse, vel si soluit, minus reliquum præscribet.*

4 *Præscripto iure executiuo exequutio debet annullari, reseruato iure suo creditori vt via ordinaria experiri possit.*

5 *Tertius possessor aduersus creditorem tempore ordinario 10. & 20. ann. præscribit viam exequutiuam & ordinariam.*

6 *Clausula de non alienando cum hypotheca speciali apposita in instrumento census, etsi alienationem annullet, non tamen impedit neque tollit præscriptioné.*

7 *Res maioratui atque restitutioni subiectæ quanto tempore præscribantur.*

8 *L. 1. C. si aduersus cred. intellectus.*

9 *L. 63. Tauri hodie. l. 6. titu. 15. lib. 4. noua collect. reg. non loquitur in præscriptione hypothecæ, sed debiti, nec de tertio possessore præscribente, sed de principali debitore.*

10 *Virtus & effectus clausulæ constituti, de quo in l. fi. C. de acqui. poßes. cessat per mortem constitutarij, maxime data ipsius negligentia quinimo & præscribitur vt in nu. 11.*

11 *Præscripta hypotheca census, omnes redditus censentur præscripti, & nu. 14. quid in alijs annuis præstationibus respectu principalis debitoris præscribentis. num. 13.*

CONSILIVM XXXXVII.



POssidente tertio quodam singulari successore domum titulo & bona fide per spacium temporis plusquam quatuordecim annorum comparuit creditor cum instrumento publico constitutionis annuorum redditum super eadem domo, à Francisco quodam d. domus domino factæ, sed in præd. tempore nunquam annuus redditus fuit petitus à pręd. tertio possessore, sed neque in ipsius notitiam vnquam peruenit, & ita tanquam liberam à præd. onere & & redditibus eam possedit præd. tempore. Nihilominus creditor petijt exequutionem pro redditibus decursis virtute dicti cõtractus publici in pręd. domo censui hypothecata, citarique fecit ad vltimam pignorum licitationem ipsius domus possessorem clericum coram iudice ecclesiastico, coram quo causa fuit ventilata & in ea consultus respondi in fauorem dicti tertij singularis possessoris ex sequen.

1 Primo † quia præd. tertius possessor pręscripsit ius atque hypothecam d. census per l. 1. & 2. C. si aduer. credit. quandoquidem plusquam decem annis continuis cum titulo & bona fide inter præsentes possedit domum præd. pro libera à præd. onere, nec vnquam redditum aliquem soluit eius ratione, neque conscius fuit super ea constitutum esse, quod sufficit in tertio possessore aduersus creditorem vt in d. iuribus, quibus consonat l. 39. tit. 13. p. 5. & l. 27. tit. 29. p. 3. tradit optime Francisc. Balb. de præscript. 4. p. 4. partis principalis q. 3. per totam fol. 37. & 38. vol. 8. tractat. diuer. doct. in antiquis & Salazar de vsu & consuetud. c. 11. nu. 50. fol. 151. ibi plures allegat.

2 Nec † obstat assertio partis aduersæ dicentis hanc, de qua agimus non esse hypothecam, sed venditionem: quia respondemus in constitutione census minime vendi rem ipsam super qua census imponitur, sed quoddam ius percipiendi redditus, vel fructus illius rei vsque ad quantitatem census quotannis soluendi, iuxta veram resolutionem, quam probat D. Couar. lib. 3. variarum resol. c. 7, num... versic. quod item diximus, vbi nu. 5. & 7. quod est quædam hypotheca irregularis & latissime probat Auend. responso. 12. per totũ.

3 Secundo † & in proprijs terminis quod tertius singularis possessor cum titulo & bona fide præscribat decem annis inter præsentes & viginti inter absentes ius non soluendi census constitutos super fundo, quem possidet præd. tempore cum titulo & bona fide, ex eo, quod præd. tempore eos non soluerit, nec nouerit esse constitutos super d. domo, vel si soluit minus, reliquum præscribat, tenet & probat Franciscus Balb. in tracta. de præscriptio 4. p. 4. partis princip. q. 5. per totam & iterum, q. 7. num. 4. & 5, volum. 8. tract. diuer. doct. & Menchac. lib. 2. controuers. illust. cap. 6. num. 2. & 16.

4 Et † quod in his terminis exequutio debet annullari reseruato iure suo creditori vt via ordinaria experiri possit, tenet Parlador. lib. quotidianarum quæstionum, c. 1. §. 16. num. 41. fol. 51. idque constat ex l. 63. Taur. hodie est. l. 6. tit. 15. lib. 4. nouæ coll. reg. & expressius in l. 35. tit. 4. lib. 3. eiusdem nouæ collect. reg. dum dicit, *por no examinar, ni ver los dichos alcaldes mayores las tales obligaciones*

ciones y contractos muchas vezes las mandan executar, no lo pudiendo hazer conforme a derecho, o por ser el contracto condicional, &c. o por ser passados los diez años, &c.

5 Quinto † in nostra specie non solum via exequutiua vt prædiximus modo præscripta est quæ etiam ab ipso debitore principaliter obligato, ad aliquid dandum, vel faciendum per decennij trãscursum præscribitur, vt in d. legibus regijs cauetur quamuis via ordinaria creditor tũc agere possit aduersus debitorẽ obligatum vt supponit Parlador. vbi sup. sed etiam ordinaria cum agatur inter creditorem & tertium rei singularem possessorem, qui iure pręscribit hypothecam contra creditorem præd. tempore 10. annis inter præsentes, & 20. inter absentes cum titulo & bona fide vt in iuribus supra allegatis: & in iure non soluendi cẽsus quod prędictis temporibus respectiue pręscribatur iam supra probauimus.

6 Non † obstat modo clausula de non alienando cum hypotheca speciali eiusdem domus apposita in instrumento census: quia etsi hęc alienationem d. domus annullatet in eum effectum vt creditor posset agere pro exigẽdis redditibus decursis aduersus tertium possessorem via recta, nulla præmissa excussione: non tamen tollit nec impedit pręscriptionem quandoquidem tertius habuit titulum & bonam fidem & non errauit in iure, sed factum ignorauit, (hoc est) dictam hypothecam & prohibitionem: & quamuis res prohibita alienari præscribi non possit tempore ordinario 10. & 20. annorum, sed 30. vel 40. annorum vt late per D. Molin. lib. 4. de Hispan. primoge. cap. 10. nu. 1. & 2. vbi plures ad vtrumque allegans testatur esse communem opinionem: hoc tamen locum habet
7 in † rebus maioratus atque restitutioni subiectis, vel fideicommisso, vt constat ex eisdem doctorib., qui in suis terminis loquũtur, quorum bonorum alienatio magis prohibita atq; perpetua est quam cæterorum alias alienari prohibitorum ex cõuentione partium, præmaxime quando aliquo casu possunt alienari vel cum aliqua solemnitate.

8 Non † etiam obest quod virtute d. clausulæ de non alienando, res præsumitur siue fingitur esse in dominio alienantis, & ita quod peti possit, ex d. l. 1. C. si aduers. cred. ibi. præterquam si debitores, vel qui in eorum iura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant: quoniam in nostro casu debitor nõ incumbit possessioni rei obligatæ; & in d. l. 1. loquitur de possessione actuali, & naturali, quam habet hic clericus, non vero debitor principalis, qui est iam mortuus, nec eius hæres.

Non etiam obstant cætera verba d. l. 1. ibi, vel qui in eorum iura successerunt, hoc nanque intelligitur de successore vniuersali, nõ vero de singulari vt tenet glo. ibi & Balb. vbi supra dicens communem, & in 2. p. 3. partis princip. q. 14. nu. 5. fol. 29.

L. præterea 63. Tauri quæ hodie est l. 6. tit. 15. lib. 4. nouæ collect. reg. nõ obest, dum dicit, quod vbi in obligatione adest hypotheca, debitum præscribitur triginta annis, & non minus, quia dupliciter respondemus huic obiectioni.

9 Primò † quod hæc lex non loquitur in præscriptione hypothecæ, sed debiti, vt ex ipsa constat, quod est diuersum, vt in terminis tenet Ioan. Yañes Parlado. in lib. quotidian. quæst. c. 1. §. 16. nu. 51. secundo & peremptorie respondeo quod non loquitur de tertio possessore præscribente, sed de principali debitore sicque remanet incorrectus titulus C. si aduers. credit. de quo supra, vt sentit Anto. Gomez. in d. l. 63. Taur. in fin. verb. & tenẽt expresse Cifuent. & Catell. ibidem atque Pala. rub. num. 51. col. fin. item Parlado. vbi supra. nu. 51. ad fi. & Olanus in sua concord. iuris litera H. nu. 27. pag. 138. & Salazar. vbi supra, nu. 52. post Gomez. de Leon quem refert in sua centur. respon. 50. nu. 3. licet Salazar, distinguat postea in nu. 55. sicque neque via exequutiua nec ordinaria habet locum in proposito.

10 Denique † nobis non contradicit clausula constituti in præd. instrumento census apposita, quoniam virtus & effectus ipsius à l. fin. C. de acquir. poss. concessus, nempe vt res possit auocari à tertio possessore, cessat & extinguitur per mortem illius, qui creditoris, vel alterius nomine se possidere constituit, maxime data negligentia constitutarij patiendo alterum possidere, vt plures allegans resoluit Iacob. Menoch. de recup. posses. remed. 14. num. 64. cum sequen. & præterea Pelaez de maiorat. 3. p. q. 6. n. 17. vbi refert Carol. Ruin. consi. 127. ad fin. lib. 5. loquentem in tempore de-
11 cem annorum. Secũdo respondeo, quod † virtus dicti constituti præscribitur longo tempore (hoc est decem annis, si possessio illo tempore penes tertium sit, cum patientia & negligentia creditoris,) vt resoluit Tiraq. in trac. de iure cõstit. posses. limit. 21. per totam, & plures allegãs Pelaez vbi sup. nu. 19.

12 Præscripta † igitur prædict. hypotheca & iure soluendi censum, reliquum est vt non solum redditus decursi ante præd. 10. annos, sed etiam postea præscripti censeantur, cum omnes à causa iam præscripta procedant, immo verius nulli cucurrerint; alias enim de nihilo aut parum seruiret prædict. præscriptio, si decursi redditus à decẽ annis infra, & in posterũ decurrendis deberent quemadmodũ. n. sicco fonte atq; ipso omnino exhausto & extincto aqua non emanat neque currit aut defluit: sic nec redditus præscripto iure atq; radice & origine census: quomodo enim potest aliquid produci sine producente, uel causari sine causa? Vnde sicut redempto censu, redditus nullus amplius debetur, quia quod nihil est, producere non potest vt ratio naturalis docet: ita & eodem modo præscriptio legitima sublato ipso censu iure, redditus non currit.

13 Et † quamuis respectu principalis debitoris, qui per multum temporis spatium præstationes annuas non soluerit sit maxima controuersia inter nostros dd. an omnes decursę censeantur pręscriptæ, vel tantum non solutæ ante decimum annum,

habet locum purgatio moræ,sed emphyteuta omnino repellendus est, quod idem procedit secundum Ias.in d.l.2.q.29.nu.74. quia facta declaratione domini statim facit lex exequutionem; quare ad hoc nō requiritur citatio emphy. vel seu datarij quia est reuocatio extraiudicialis & declaratio animi, vt late probat Rol.a Valle cons.2. nu.127.cum seq.& latius idem consi.19.lib.1.per totum consilium:ergo cum in nostra specie domi nus fundi declarauerit suam voluntatem ac elegerit se nolle stare locationi,statim fit exequutio,ac per consequens non habet locum moræ purgatio, nec admittendus videtur conductor offerens fideiussionem prædictam post terminum,qui in termino 15.dierum præstare debuerat ac tenebatur.

5 Superiora † coadiunantur quia quando est facta resolutio contractus non licet moram purgare secundū Spec.in ti.de locato,§.nunc aliqua, vers. 48.Io.de Imo.& alij in d.c.potuit,de loc.,prout eos refert, & sequitur Math.de Afil.decis.Neap.174. nu.3.& inquit Bal.in c.1.in prin.nu.3.quo tempore miles,quòd quoticunque iure permittente facta est resolutio contractus à iure vel ab homine nō est tractandu n de moræ purgatione. Matth. de Afflict.alios allegans vbi sup.sed in instrumento locationis sunt aliæ clausulæ ac verba ex quibus impeditur moræ purgatio,vt ex ipso patet: & ita merito in simili casu per senatum Neapolit. fuit condemnatus rusticus emphyteuta ad restituendum fundum eiusque possessionem vacuam domino directo,vt testatur Afflict.vbi sup.

6 Quare † erit optima cautela ad hoc,vt emphyt. non possit moram purgare,quòd statim lapso termino dominus dicat se velle, vt cadat in commissum,nam statim lex facit exequutionem, vt in d.l. 2.& ibi Ias.d.q.29.nu.74. idem in d. l. si insulam num.16. ita in terminis d.l.2.& d.c.potuit, hanc cautelam applicauit Cæpola cautela 135. incip.tu scis,& Rom.cons.103. Alex.cons.106. vol.4.nu. 4. Catel. Cotta in suis memoral. tit. verbo emphyt. non soluendo, Afflict. vbi sup.& Dec.in authentica qui rem,num.6.C.de sacrosanc.ecclesijs, quæ cautela procedit etiam in tacita declaratione domini secundum Abb.consil.67.in 2.part.cōsiliorum,Decius consil.146.

7 Hæc † tamen cautela hodiè non procedit attenta d.l.28. tit.8. part.5.vbi permittitur emphyteutis post lapsum bienij,& triennij respectiuæ cessationis à solutione pensionis de quibus,supra moram purgare intra 10.dies,& dominus tūc temporis tenetur redditum recipere & emphyteutam expel-

8 lere non potest:nam † si dominus ante lapsum d. 10.dierum declarauerit tacite vel expressè se velle expellere emphyteutam adhuc intra d. 10. dies admittitur purgatio moræ, vt satis colligitur & probatur ex illa l.regia vt ex ea deduxit Gregor.Lop. ibi in glos.10.dies,alias enim esset in manu domini præcludere emphyteutæ atque omnino eidem tollere viam & terminum 10,dierum à l.regia ipsi concessum ad purgandam moram quod minime est dicendum;hoc tamen locatori non obest in nostra specie,qm̄ procedit vbi res est integra:secus tñ erit si dominus emphyteusis,ante hos 11.dies,lapso d.biennio vel triennio rem alteri in emphyteusim concessisset,tunc namque poterit emphyteuta moram purgare:præsertim si dominus iam esset alteri obligatus de euictione, quia purgatio moræ, non habet locum nisi re integra vt in terminis probat sic declarans l. illam regiam Gregor. Lop. in proprio loco.in glo. 10. dias, ante finem.at.in nostro casu dominus fundi iam alteri locauit eundem,eique tenetur de euictione,vt patet ex instrumento 2.locationis, ergo non habet locum moræ purgatio.

Similiter non obest quòd in emphyteuta ecclesiæ prædiximus, nempe quòd possit celeri satisfactione consulere sibi: hoc namque locum habet in emphyteuta ecclesiæ,nos vero loquimur in conductore priuati.

Præterea illud, quod diximus de celeri satisfactione emphyteutæ ecclesiæ diuersimode verificatur, suntque plures opiniones in hoc circa eius significationem, quibusdam existimantibus intelligendum esse quadrimestri antequam lis conte-

9 stetur,alijs vsque ad sententiam:sed † verior & crebrior sententia est,hoc esse in iudicis arbitrio, vt relatis alijs opinionibus probauit gl.in d.cap. potuit. verb.clerici, in fine.& ibi communiter Doct. præcipue Beroius.nu.142.in fi.& tenet Bar.in d.l. si insulam,nu.3.& ibi Angel.in repet.num.50.vbi. Rip.nu.35. testatur communem & Iacob.de Nigris,nu.110.& ibi Alciat.nu.15.est communis secundum Greg.Lop.vbi sup.& testatur magis communem Iul.Clar.lib.4.recep.sententiarum,§.emphyteusis.q.8.versicu.item quæro, & Menoch.de arbit. Iudic.lib.2.cent.1.casu 7.nu.13. vbi nu.14. cum Ias.quòd iudex arbitrabitur iuxta qualitaté rei & personarum, an diues vel pauper sit emphyteuta & diuiti minus tempus tribuet secundum

10 Bar.& Beroi.vbi sup.si † tamen iudex arbitraretur hoc casu intra sex menses posse moram purgare, male arbitraretur per tex.in d.c.potuit, ibi, celeri satisfactione,&c.ita Bald.consil.157.volum.2.Anchar.consil.421.& Ias.in d.l.2.nu.45.C.de iure emphyt.Rip.in d.l.si insulam, nu.63.Dec.consil.138. & Bertran.consil.11. & 43.vol.3. & peius qui 25. annos & vltra arbitraretur,esse modicum tempus ad purgandam moram vt in terminis tenet Ias. cons.82.colum.2.vers.præterea,vol.1.& Rip.in d. l.si insulam,nu.30.& 32.& sequitur D.Tiber.Decianus cons.10.num,10.vol,1.His tamen non obstantib.prout verè nō obstant contrarium respondimus in facti contingentia, nempe conductorem primum tuendum esse in sua conductione, atque eidem iustitiam fauere contra dominum fundi sequentibus fundamentis.

11 Primo † quia licet iste conductor intra terminum.15.dierum conuentum fideiussores non præstiterit, in contractibus tamen potest mora purgari vsque ad litis contestationem vt in d.l.si insulā, ff.de verb. oblig.& ibi communiter Doct.l.34.ad fin.tit.11.p.5.quamuis in iudicialibus stipulationibus

nibus possit mora purgari post tres, aut quinque plures ve dies arbitrio iudicis, si ius actoris nō sit factum deterius vt in l. & si post tres, & ibi glo. & Docto. ff. si quis cautio, l. 36. & 37. tit. 11. p. 5. Cum igitur simus in priori specie, nempe in contractibus, licitum fuit præd. conductori moram purgare: & sic post lapsum dicti termini præstare prout præstitit fideiussores idoneos, ante tamen quam ad iudicium neque litem accederetur, vel deueniretur.

Secundo quoniam etsi quando conductor præstitit idoneam fideiussionē esset lapsus terminus decem & quinque dierum ad eam præstandam cō-

12 stitutus; nihilominus † ad resolutionem contractus requirebatur declaratio domini fundi, vt patet ex ipso contractu quando quidē in eo datur electio domino fundi vt præd. fideiussio non præstetur in termino decem & quinque dierum, possit vel conductorem compellere ad eam præstandam vel locationi non stare, & sic ante declarationem & electionem, res erat integra, contractusque validus, & in sua essentia permanens: poterat siquidem dominus eligere alteram viam conseruationis contractus, quod in dubio potius præsumendum est quam ipsius resolutionem atque destructionem, vt potius actus valeat quam pereat argumento l. quoties, ff. de reb. dub. interim ergo quod dominus fundi non declarat animum suū neque eligit vnam, vel alteram viam, contractus integer est, ac in sua perfectione; sed sic est quod conductor præstitit præd. fideiussionem ideoneam, ante præfat. domini declarationem atque electionem vt patet ex datis, ergo potuit iure optimo moram purgare: quia ad incurrendam caducitatem contractus eo casu quo ipsa locum habeat requiritur

13 declaratio domini: Pœna † enim caducitatis locum non habet nisi domino directo volente, vt in d. l. 2. C. de iure emphy. ibi, volenti, ei licere eum à prædijs emphyteuticarijs repellere, &c. Et iterum ibi, si dominus voluerit & in d. c. potuit de locato ibi, iuste potuisset expelli, & vtrobique communiter Doct. & testatur eōem esse hanc opinionē, Cut. Iun. cons. 109. nu. 11. & consi. 110. num. 23. Qua-

14 re † propter cessationem emphyteuta nō cadit ipso iure ab emphyteusi, sed ita demum si dñs directi dominij declarauerit velle esse locum caducitati, vt in specie tenet Bart. in d. l. 2. nu. 2. quam se quuntur communiter Doct. vt inquit Paul. Paris. consi. 108. num. 33. lib. 1. & Cæpol. consi. ciuil. 25. nu. 2. & plures alios referens Iul. Clar. d. §. emphy

15 teusis, q. 9. vbi † quod statim facta declaratione domini cadit ipso iure emphyteuta, nec requiritur iudicis sententia, vel declaratio secundum plurimorum sententiam, quos refert asserens non esse in practica ab hac communi opinione, quam etiā consuetudo approbauit, aliquo modo recedendū: & eam testatur communem Greg. Lop. in d. l. 28. tit. 8. p. 5. in glo. *fin mandando del juez*, vbi etiam limitat duobus modis: poterit ergo ante declarationem domini emphyteuta moram purgare prout in terminis tenet Iul. Clar. d. quæst. 8. in fi. dicens

16 † quòd in dubio antequam dominus declarauerit velle esse locum caducitati, iudex debet semper declinare in sententiam per quam caducitas ipsa euitetur: ergo idem in proposito nostro dicendum est, & quamuis hodie emphyteuta decisum extet, quod possit moram purgare intra 10. dies, vt in d. l. regia, cum tamen ipsa loquatur in emphyteusa;

17 in cæteris † namque casibus extra casum emphytensis seruabitur ius commune, quod habet, vt mora in contractibus purgari possit vsque ad litis cōtestationem.

18 Tertio † eadem pars comprobatur quoniam in ipsa declaratione domini eligentis resolutionē cōtractus, ipse fatetur in pacto simpliciter contineri, quòd si non præstetur fideiussio, competat sibi præd. facultas: & sic quod quamuis pactum affirmatiuum præstandi fideiussionem idoneam habeat terminum limitatum quindecim dierum, negatiuum tamen, nempe, si eam non præstiterit, ad incurrendam dictam pœnam resolutionis contractus. Si dominus id elegerit, nullum terminum habet; ergo debet intelligi, vel secundum ius, & sic quod liceat moram purgare, ne aliàs in præfatam pœnam incurrat conductor, quia odia sunt restringenda, & fauores sunt ampliandi, vt in regula iuris, & in pœnalibus stricta interpretatio est facienda: sed cum pactum hoc negatiuum, nullum certum terminum habeat, consequitur pœnam præfatam non esse imponendam, licèt in termino præfato quindecim dierum, fideiussio præstita non sit, cum sufficiat eam præstare re integra antequā dominus declarauerit suam voluntatem.

Superest modo vt respondeamus fundamentis supra in contrarium adductis, & primum quidem non obstat, quoniam hic non fuit conuentum, vt si in termino quindecim dierum fideiussores non essent præstiti, competeret electio dño fundi, &c. vt ipse dñs fundi fatetur in sua præd. declaratione, sed simpliciter absque vllius termini præfixione si fideiussores nō præstaret; sed hæc negatiua non est verificata, quia eos præstitit re integra conductor, vt constat, ergo &c. Præmaxime quod etiam si pactum negatiuum conceptum fuisset cum præd. termino quindecim dierum, adhuc potuisset post lapsum ipsius conductor moram purgare, vt infra dicemus. Secundum etiam fundamentum ex communi opinione quæ habet quod in contractibus, vbi est dies & pœna, non admittitur purgatio moræ, non obest, quoniam hæc recepta sententia procedit de rigore iuris ciuilis, non vero de iure cano-

19 nico & eius equitate, quo† attento etiam in dispositione iurata, & vbi alias nō poterat mora purgari, admittitur purgatio moræ, si ius actoris non sit factum deterius, vt tenuit gl. in c. apud misericordem in gl. 1. 32. q. 1. sensit & glo. in c. beatus vero moribus, 22. q. 2. ex quibus glossis ita etiam tenet Bald. in l. qui crimen, q. 11. num. 20. C. de his qui accus. non pos. & hanc opinionem communem esse & receptiorem plures allegās testatur D. Ant. Padilla in l. si quis maior, nu. 25. C. de transact. & latius nu. 5. de hoc agimus, idem sequuti atque professi, in nostro tractatu de iuram. confirmat. 3.

par.c. 17. nu. 5. & seqq.& supra hoc lib.cons.33. nu. 3.& ita est tenendum, tametsi Alex.in d.l.si insulam nu. 38. & Ias.Crotus,& Rip.ibi num.93.& ante eos Rom. singul.449.iuramentum excludit. & cons.427.num.7.& idem Rip.in l.vltim.quæst. 32.nu.110.C.de reuoc.donat.& Alc.in l.4.§.Cato, nu. 146. ff.de verbor.obligat.& ibidē Galiaul. nu. 60. Intelligant hoc procedere & loqui in foro poli, & conscientiæ, secus in foro cōtentioso, quos refert & sequitur D. Tiber. Decianus cons.10.nu. 6. vol. 1.vbi etiā in idem citat Ruyn.Gozad.Crauet. & Ias. quorū sententia saltem in nostro regno procedere non potest, vt statim dicemus. Et pro communi sententia allegatur c.suam de pœnis ex quo text. deducit & tenet Gregor. Lop in l.8.tit.
20 14. par. 5. in glo. 2.ad fi. quod † hodie semper de iure canonico mora purgari potest, & quod ista limitatio in his regnis erit magni effectus, quia cum per ll. partitarum non reperiatur expresse cautum, quod vbi est dies & pœna, non admittatur purgatio moræ, & deficiente iure regio potius sit recurrendum ad ius canonicum, quam ad ll. Imperatorum, secundum Palat. Rub. in introductione c. per vestras de donat. inter vir. & vxo. in vers. idem videtur mihi dicendum, &c. admittetur moræ purgatio sequendo æquitatem canonicam. Et ita de æquitate canonica seruanda etiam in foro seculari communis opinio præfata non procedit, quia semper potest mora purgari, secundum Gregorium Lopez, vbi supra quem sequutus fui etiam dict.c. 17. vbi quod in simili casu fuit pronunciatum duabus sententijs conformibus in regali cancellaria Pinciana, in specie de qua ibi nos egimus:& rursus in dicto cons. 33. nu. 4. & 5. Quinque tamen debent concurrere ad hoc, vt purgatio moræ non admittatur in terminis d. c. suam, secundum Aret. Andr. Sicul. Galiaul.& Aleiat. in dicto §. Cato. quos & alios refert & sequitur Decianus, vbi sup. nu.7. Primò, qd pœna sit nimis excessiua. Secundò, q̄ pars sortis soluta esset, quæ excederet etiam totam pœnam. Tertiò, quod quasi totum debitum foret solutum sponte, & modicum, restabat. Quartò, quod litigantes sint ecclesiastici vel religiosi. Quintò, quod actor, & creditor non fuisset damnum passus. Sed in nostro casu quando præstita fuit dict. fideiussio, res erat integra, & ius locatoris in nullo erat factum deterius. Optimo ergo iure habuit locum moræ purgatio per supra dicta. Cætera nanque requisita supra dicta, hic non conueniunt præter illud, quod litigantes sint personæ ecclesiasticæ, vel religiosæ: sed hoc non est omnino tutum, nec verum, quandoquidem in eo non sit vis in casu d. c. suam, saltem præcise & necessario. Quinimo idem Tiberius Decianus, cons. 84. nu. 26. vol. 2. generaliter docet moram de æquitate canonica purgari posse, quandocunque vt per omnes in dicto ca. suam de pœnis, & alios allegat. Quinimo proprie dici non potest moræ purgatio, quandoquidem mora non fuit commissa, quia non fuit cōstitutus vllus terminus ad pactum negatiuum pœnale, vt prædiximus; quo fit, vt ex his, quæ respondimus secundo fundamento partis contrariæ non solum id tollatur, sed præcise, ac peremptorie iustitia conductoris probetur contra locatorem.

Tertium fundamentum contrarium non obstat, quoniam loquitur & procedit, vt ex ipso patet post factam declarationiam domini, quo casu emphyteuta non potest moram purgare, quoniam statim lex facit executionem, impeditque moræ purgationē: at vero ante declarationem domini, quæ est necessaria bene locū habet moræ purgatio vt probauimus supra in secundo fundamento huius secundæ partis. Sed in nostro casu fideiussio idonea præstita fuit ante declarationem locatoris, ergo habuit locum moræ purgatio: eodemque modo respondetur ad cætera, quæ præd. tertio fundamento contrariæ partis adiecta fuerunt, nempe quod non liceat moram purgare facta resolutione contractus: quoniam in proposito mora siqua intercessit purgata fuit ante resolutionem contractus, & declarationem domini, vt est prædictum, & sic cessant, vt constat ex eodem Mattheo de Afflict. vbi supra à contrario sensu:& præterea, quia de æquitate canonica seruanda etiam in foro seculari mora semper purgari potest, etiam in casibus, in quibus de iure ciuili purgari non poterat, quando res est integra & ius actoris non est factum deterius, vt supra deduximus, & in specie nostra vtrunq; concurrit.

21 Vltimo † non obstat, qd adduximus ex Greg. Lop. in d. l. 28. in glos. *diez dias.* ante fi. quia dato quod illa opinio Gregorij esset vera quod non procedit sine dubio: cum lex illa 10. dies concesserit emphyteutæ ad purgandam moram, nec distinxerit, an dominus interim eandem rem alteri in emphyteusim concesserit, necne? Et præterea cum dominus infra dictum terminum 10. dierum purgandæ moræ concessum, non possit declarare se velle fundum cadere in commissum, ad præcludendum viam emphyteutæ, purgandi moram infra dictos 10. dies, & sic hodie per illam l. regiam cesset cautela communis Doctorum, vt prædiximus, videtur quod nec etiam altera concessio ipsius domini in fauorem alterius minime præiudicet, aut noceat priori emphyteutæ, quominus ipse possit moram purgare infra prædict. terminum legalem decem dierum: quoniam licet res non sit integra, hoc non videtur habendum in consideratione, cū fuerit factum scienter à domino in præiudiciū primi emphyteutæ, & sic sibi nocere non debeat. Alias enim esset in manu domini defraudare semper priorem emphyteutam, concedendo statim rē alteri in emphyteusim, non expectato lapsu decem dierum, vere, vel ficte, eumque grauaret onere probandi simulationē, quod non ē permittendum: nihilominus in nostro proposito, licet opinio præfata Gregorij esset vera, adhuc nihil noceret, quia in nostra specie res erat integra, quando præstita fuit fideiussio idonea nondum enim dominus fundi, idemque locator declarauerat suam voluntatem, neque elegerat vtrum mallet, nec alteri, eun-

dem

dem fundum locauerat, vt constat ad oculum ex datis fideiussionis, & declarationis locatoris, & secundæ eiusdem locationis alteri factæ, & sic cessant omnino omnia contraria, resque efficitur plana in fauorem conductoris per supradicta.

SVMMARIA.

1 *Iure propria quilibet est moderator & arbiter, præmaxime cum ex hoc alteri præiudicium non infertur.*
2 *Prouidendus ad beneficium curatum vltra alia oportet quod literis sit præditus.*
3 *Quotiescunque requiritur aliqua qualitas ad admittendum, vel excludendum aliquem in beneficio, officio, vel dignitate, illa qualitas debet adesse tempore acquisitionis, nec sufficit quod ex post facto interueniat.*
4 *Habilitas præcipue requiritur tempore, quo officium assumitur, & non tantum sufficit tempore acquisitionis officij, sed etiam debet esse a principio.*
5 *Eligendus virtute vltimæ voluntatis, vel alias ad aliquod officium requirens certam qualitatem, ea debet adesse tempore electionis, & non sufficit quod adsit tempore administrationis.*
6 *Beneficium quotiescunque ex fundatione, statuto, vel consuetudine, non potest dari nisi habenti sacrum ordinem, vel sacerdotium prouideri non potest alteri, quam habenti illum ordinem, vel sacerdotium.*
7 *C.5. de reformat. sess. 25. sacri Concil. Triden. adducitur in proposito.*
8 *Nemo iure sibi quæsito priuari potest, sine ipsius facto, vel culpa.*
9 *Ex edicti propositione, quidam contractus vltro citroque obligatorius inter oppositores & electores resultat, quem tenentur electores præcise obseruare.*
10 *Data paritate votorum beneficium prouidendum est habenti plures qualitates.*

CONSILIVM XXXXIIII.



Acante vicaria cuiusdam beneficij, ecclesiastici curam animarum habentis capitulũ cathedralis ecclesiæ, ad quod spectabat prouisio eiusdem vicariæ, edicta proponi fecerunt cum certo termino omnibus se opponere volentibus, vt comparerent in eodem, ea adiecta conditione, vt oppositores deberent esse graduati in sacra Theologia, vel iure canonico: contigit vota canonicorum paria fuisse in duos oppositores, quorum vnus tempore prouisionis, & antea habebat præd. gradus qualitatem, alter vero minime. Sed in continenti paucis diebus elapsis post dictam prouisionẽ gradum requisitum consequutus fuit, post quam capitulum decreuit, vt prȩd. oppositores attenta æqualitate suffragiorum docerent qualitates quas haberent, vt magis qualificatò vicariam conferrent, super quibus qualitatibus iterum capitulum sua suffragia emisit in præd. duos oppositores. Rursus æqualiter diuisum fuit, quibus visis causa ordinario delata fuit: dubitatur quis horum sit præferendus in assecutione huius vicariæ? Respondi, quod data paritate suffragiorum præferendus est ille, qui tẽpore prouisionis habebat qualitatem gradus requisitam, illi, qui postea eam acquisiuit, ex sequentibus fundamentis.

Primò, quia qualitas hæc gradus, summe vtilis est animis fidelium curandis, vt patet, & ideo capitulum eam requisiuit in suis edictis, vt etiam patet, idque potuit recte facere, quia ad ipsum spectat cura ouium suæ ecclesiæ, atque conuenientem pastorem loco sui eidem preponere, vt expeditiorem, atque aptiorem illum eligeret, decreuit, vt prouidendus esset graduatus in sacra Theologia, vel iure Pontificio: in † re autem propria quilibet est moderator & arbiter, vt in l. in re mandata, C. mandat. ibi. Nam suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter. Præmaxime cum ex hoc alteri nullum præiudicium inferretur, iuxta tradita per Octauia. Cacher. decis. Neapolit. 13. per totam: immo fecerunt rem gratam Deo, atque pro sui exoneratione omnino conuenientem: cum † prouidendus ad beneficium curatum, literis vltra alia oportet quòd sit præditus, vt in c. cum in cunctis, §. inferiora de elect. & in Concil. Trid. sess. 24. c. 18. de reformat.

Cum † igitur hæc ita se habeant iure decisum extat, quod quotiescunque requiritur aliqua qualitas ad admittendum, vel excludendum aliquem in beneficio, officio, vel dignitate, illa qualitas debet adesse tempore prouisionis, nec sufficit quod ex post facto interueniat, ita probat text. loquens in beneficijs in cap. si eo tempore, de rescript. in 6. est etiam bonus text. in l. 2. ff. de excusat. tutor. vbi Bartol. per illa iura notat, quod si aliquis impetrauit beneficium, eo tempore, quo non habebat legitimam personam, & quæstione pendente peruenit ad ętatem legitimam, tunc inspicimus tempus quo fuit electus, hanc etiam regulam probat Roderic. Suarez allegat. 12. pag. 2. in medio. & Auendan. lib. 1. c. 12. præt nu. 13. in vers. octauum est, & c. 23. nu. 7. & Abb. in c. post cessionẽ, nu. 10. de præbend. vbi Dec. nu. 5. & 19. notat ex illo text. secundum communem intellectum, quòd † habilitas præcipue requiritur tempore, quo officium assumitur, & non tantum sufficit habilitas tempore acquisitionis officij, sed etiam debet esse à principio, per text. in d. c. si eo tẽpore: præcipue si prohibitio respiciat principiũ actus, vt in nostra specie, quandoquidem in edictis cautum fuit, quod oppositores essent graduati: & quod qualitas requisita debeat interuenire tempore actus, & non sufficiat quod postea acquiratur, tenet late plures allegans Pau. Paris. cons. 62. num. 16. & pluribus sequentibus lib. 4. & nos quoque latius probauimus supra cons. 1. nu. 15. ergo qui præd. qualitatẽ gradus non habebat tempore oppositionis admitti non debuit, neque suffragijs dignus fuit, sed tantum ille, qui tunc tẽpotis erat graduatus, huic igitur conferenda est per sententiam vicaria prædicta, non vero illi, qui carebat qualitate requisita tempore debito.

Secun-

5 Secundo † quia quoties aliquis est eligendus, virtute vlti næ voluntatis (vel etiam alias) ad aliquod officium, requirens certam aliquam qualitatem ea debet esse tempore electionis,& non sufficit quod adsit tempore administrationis, vt ex d. c. si eo tempore, tenet Bart. in l. si vsusfructus, nu. si. ff. de stipul. seruorum. Sic etiam videmus, quod
6 † quotiescunque ex fundatione, statuto, vel cōsuetudine beneficium aliquod nō potest dari, nisi habenti sacrum ordinem, vel sacerdotium, tunc non potest prouideri alteri, quam habenti illum ordinem, vel sacerdotiū, iuxta gl. in d. c. si eo tēpore de rescrip. in 6.& glo.& ibi Doctores in Clem. vt hi qui, versic. annexis, de ætate & qualit. sequitur Bonifacius in peregrina. legum partitarum, verb. beneficium q. 3. in glo. confesendum, in fin. & Gregorius Lop. in l. 3. tit. 16. partit. 1. in gloss. *catorze años*. Roland. à Valle consil. 47. nu. 59. lib. 1. Cæsar Lambert. de iure patronatus, art. 29. secundæ quæstionis principalis, primæ partis, secundi libri, & in hoc casu limitatur dispositio, c. licet canon. cum simil. de elect. in 6 quæ habet sufficere, vt præsentandus, vel prouidendus ad ecclesiam parochialem sit ætatis idoneæ, ita vt infra annum possit promoueri ad ordinem sacrum presbyteratus iure communi requisitum, vt non procedat quoties ex fundatione, statuto, vel consuetudine huiusmodi beneficium esset prouidēdum illi, qui in actu haberet prædictum ordinem, tunc enim nisi illum tempore præsentationis vel prouisionis, re vera & actualiter haberet, illi prouideri non posset, & tene, vt præd. Doctores, & in terminis latissime plures allegans, ita resolui dicto consil. 1. num. 12, cum sequentibus, cum igitur hęc vicaria iuxta contenta in dictis capitulis prouidēda esset, habenti gradum prædictum, necessario requiritur ipse gradus actualiter tempore oppositionis, vel saltem prouisionis,
7 Tertiò † idem comprobatur ex ca. 5. de reformat. Sess. 25. sacri Conc. Triden. cuius verba sunt hæc: Ratio postulat, vt illis, quæ bene constituta sunt contrarijs ordinationibus non detrahatur. Quando igitur ex beneficiorum quorumcunque erectione, seu fundatione, aut alijs constitutionibus qualitates aliquæ requiruntur, seu certa illis onera sunt iniuncta in beneficiorum collatione, seu in quacunque alia dispositione eis non derogetur; idem in præbendis theologalibus, magistralibus, doctoralibus, aut presbyteralibus, diaconalibus, ac subdiaconalibus, quandoquidem ita constituta sunt, vt eorum qualitatibus, vel ordinationibus nihil in vlla prouisione detrahatur: & aliter facta prouisio subreptitia censeatur. idem probatur Sess. 22. cap. 4. de reformat, ad finem. Qualitas igitur graduum in Doctoribus, & Licentiatis in sacra Theologia, & in vtroque, vel altero iurium, quam debent habere oppositores præbendarum magistralium, & doctoralium, cæterę que qualitates sacri ordinis, & aliorum ad præbendas, aliaq; beneficia requisitæ necessario debent interuenire, atque concurrere tempore oppositionis, & prouisionis, iuxta supra dicta decreta sacri Conc. Triden. ergo idem in nostra specie ex identitate rationis dicendum est.

Nec obstat assertio cōtrariæ partis dicentis sufficere, quod præd. qualitas gradus superuenerit tempore exercitij præd. officij vicariæ, quādoquidem ad id ipsum ea requiritur: quoniam respondemus hoc tunc procedere posse, cum hæc qualitas gradus à principio nō requireretur. Attamen, cū ipsa desideretur à principio, vt patet ex dictis, non sufficit quod postea interueniat: præmaxime quod si aliquo casu locum habere posset hæc allegatio, esset in defectum alterius oppositoris, qui tempore oppositionis eandem qualitatem non haberet vero cum sit alius habilis & capax, à principio habens præd. qualitatem gradus, gradus nouus secundi, priori præiudicium aliquod generare, aut inferre nequibit in iure iam sibi quęsito ad præd. vicariam, argumento l. fin. ff. de pact. ibi. sed verius est semel acquisitam fideiussori exceptionem pacti, vel alterius inuito extorqueri non posse: sed in præsenti casu ex statuto, decreto, atque edicto capituli ius fuit acquisitum graduato tempore oppositionis & prouisionis & per consequēs oppositor non graduatus tunc temporis nullum ius habuit: acceptio igitur gradus postea acquisiti nullo modo præiudicare potuit priori debito
8 tempore qualificato nemo † enim iure sibi quęsito priuari potest sine ipsius facto, aut culpa, l. vltimæ, C. si contra ius, vel vtilit. pub. l. id quod nostrum. ff. de reg. iur. & in ca. quæ in ecclesiarum de constitut. cum simil. id, quod probat late Tiraq. de vtroque retract. 2. par. gl. 7. num. 20. cum seqq. vbi ampliat & hanc esse communem opinionem plura iura allegans testatur D. Antonius Gomez. in l. 40. Tauri. nu. 30.
9 Ex † edicti namque propositione quidam contractus vltro citroque obligatorius inter oppositorem actu graduatum & electores resultat, quem tenentur electores præcise obseruare, vt loquens in illa qualitate in edictis adiecta, quod digniori conferretur præbenda vacans probat D. Molina de Hispan. primogen. c. 5. num. 57. & Fr. Bartolomæus à Medina in sua instruct. confess. in declaratione 7. præcepti diuini, §. 35. fol. 165.

Non etiam obest, quod oppositor non graduatus fuit admissus ad suam oppositionem, ac per consequens fuit toleratus ab eodē capitulo, quod potuit à priori lege & conditione recedere, antequam ex ea alteri fuisset ius quæsitum, argumento l. si quis in principio testamenti, cum simil. ff. de lega. 3. sicque obijci eidem oppositori non potest defectus gradus, cum fuerit à capitulo admissus, & in examine approbatus absque tituli gradus ostensione, eius enim est destruere cuius est cōdere: capitulum igitur quod potuit prædictam conditionem gradus sua volūtate in edictis adijcere, atque requirere, potuit contrarium posteà velle: prout fecit antequam terminus edicti laberetur admittendo, & examinando præd. oppositorem, prout fecit absque gradu, præmaxime cum

post ea

postea breui tempore gradū consequutus fuerit, & quod parum distat, nihil distare videtur, &c.

His namque omnibus respondeo capitulum, minime tacite, neque expresse derogasse, nec derogare voluisse prædict. qualitati gradus maxima deliberatione adiecta, neque est in dubio hoc presumendum eum sapiat correctionem, argumento. l. præcipimus, C. de appellat. l. sancimus, C. de testamentis. sed tantum simpliciter admisisse atque examinasse præd. oppositorē sicut & graduatum iuxta formam edicti: postea namque ostendi debuerant tituli, cæteræque qualitates oppositorū, prout ab eodem capitulo fuit præceptum cum assignatione termini competentis, quo elapso apparuit ex actis illum non fuisse graduatum tempore oppositionis, neque prouisionis, sed post prouisionem, & postquam oppositoribus à capitulo fuisset terminus assignatus ad probandas & ostendendas suas qualitates: quo fit, vt cū tunc ex actis patuisset priorem oppositorem qualitatem requisitam habuisse tempore oppositionis & prouisionis, alterum vero minime, sed postea eam acquisisse, non debuit reputari pro legitimo oppositore hic secundus, neq; ad suffragia admitti in præiudicium prioris legitimi, suique iuris ex edictis, & per suam oppositionem sibi acquisiti ad præd. vicariam. Secundo respondeo, quod capitulū etsi expresse vellet derogare præd. qualitati gradus in edictis requisitæ, adhuc non posset in præiudiciū iuris graduato iam acquisito, vt ex predictis manifeste probatur: præmaxime cum id non fecerit; tunc enim id posset iure facere, quando non esset alius oppositor graduatus, vel re integra antequam qualificatus iuxta formam edicti compareret: sed admisso semel graduato, & qualificato iuxta prædict. formam edicti, cum eidem per edictum simul cum sua oppositione fuerit ius acquisitum ad vicariam ut docuimus, & electores teneantur præcise obseruare prædict. formam ratione contractus initi, vt prædiximus, consequitur manifestissime minime potuisse eosdem, etiam si id expresse facere intenderent, quod nedum expresse, sed nec etiā tacite voluerit, eidem qualitatem derogare in fauori non graduati debito tempore in præiudicium legitimi & qualifi-
2 cati oppositoris: denique † data paritate votorum beneficium prouidendum est habenti plures qualitates, iuxta tradita per Cæsar. Lambert. de iure patron. 1. artic. 5. partis princ. 3. partis lib. 2. nu. 4. ibi, sed aliqua qualitate existente maiori in vno, quā in alio, si qualitas facit illum præferri, cessabit optio, fol. 225. pag. 2. col. 1. in nouis Rebuff. in tractatu nominatio. questione 21. num. 46. sequentibus pag. 256. col. 2. sed negari non potest quin prior oppositor habeat plures qualitates, tū ex supra dictis, tum quia in sacra Theologia est graduatus, alter vero in iure pontificio, ille igitur huic præferendus est, vt in terminis probat Rebuf. vbi supra.

S V M M A R I A.

1 *Prius agendum est de possessione & postea de proprietate.*

2 *Pro annuis præstationibus alicuius iuris maxime realis alicuius census vel pensionis pro aliqua re in signum subiectionis competunt remedia possessoria.*

3 *Turbare is dicitur in corporalibus, qui prohibet cēsum, vel vectigal, vel redditus mihi pendi.*

4 *Priuilegium amittitur per non vsum decennij.*

5 *Plus creditur duobus testibus affirmātibus quam mille negantibus.*

6 *Mandatum casus non expressos comprehendit, quando in eo alij exprimuntur ad quos speciale mandatum requiritur, & præterea clausula generalis adijcitur ad omnes alios.*

7 *Vbi speciale mandatum requiritur ad aliquam rē veluti ad restitutionem petendam, hoc tamen non est necessarium vbi res illa veniret incidenter causæ in qua quis speciale mandatum habet.*

CONSILIVM XXXXV.

BReuitati deferendo: visis probationibus vtriusque partis, partes iudicis apostolici erunt in confirmando sententiam diffinitiuam latam ab ordinario loci in fauorem fabricę cathedralis eiusdem loci decani & capituli illius super quasi possessione exigendi quartam quęstarum, quę in dicto episcopatu colliguntur pro hospitali alterius diœcesis & reuocare contrariam latam à iudice Metropolitano Salmantino.

Primo quia hoc est iudicium possessorium, in quo ecclesia præfata recte probauit prædictam suā antiquissimam possessionē exigendi per se suosque œconomos præd. quartam partem omnium prædictatum quæstarum, vel alteram, quæ inter præfatos œconomos, & factores, atque exactores, dicti hospitalis cōueniebatur & cōstat hęc cōsuetudo & possessio ex testibus productis ab eadem ecclesia, & præterea ex instrumentis & libris rationum d. fabricæ in processu productis: quo sic stante, regu-
1 la iuris est † quod ante omnia de hac possessione agendum est & in ea tuenda dicta Ecclesia & postea agetur de proprietate, vt in l. ordinarij, C. de reiuend. & in l. incerti, C. de interdict. & adhoc competunt plura remedia atque interdicta, veluti retinendi, & vti possidetis, vt in locis ordinarijs habetur.

2 Secundo & in terminis, quia pro annuis præstationibus alicuius iuris maxime realis nempe alicuius census, vel pensionis pro aliqua re in signum subiectionis competunt remedia possessoria, vt probat expresse text. in c. querelam in fin, de electio. & ibi DD. scribentes etiam in l. si certis annis, C. de pact. sequitur plures referens D. Ant. Gom. in l. 45. Taur. num. 172. dicens hanc opinionem practicasse in contingentia facti, & Matth. de Affl. decis. Neap. 395. per totam, pręcipue nu. 3. & sequentibus, vbi nu. 8. concludit quod tam DD.

iuris

iutis ciuilis, quam canonici concordant in hoc
quod quando occasione alicuius rei conceditur
aliqua præstatio per tempus competit possesso-
rium, vt dicunt omnes in d. locis & alij, quos ibi
refert, & numero quarto, inquit fuisse determi-
natum in consilio Neapolitano per omnes nemi-
ne discrepante, quod licet pro annua præstatione
personali, non sit dare possessorium, tamen est da-
re quendam statum adquê peti pôt vt fiat restitu
tio: & ita loquitur d. c. querelam, secundum Ant.
de But. Card. & Abb. Sicul. aliosque plures quos
allegat, & ita dicunt DD. in d. c. querelam, quod
3 † in incorporalibus turbare is dicitur, quando
probibet censum, vectigal, vel redditus, mihi pen-
di, vt refert & sequitur alios allegans Iacob. Me-
noc. de retinend. posses. remed. 3. num. 497. & in-
quit Petrus Rebuf. in commentarijs ad regias
constitutiones Galliæ 3. tomo in tractat. de cau-
sis beneficiar. possessor. artic. 10. num. 5. post Bar-
bat. consil. 51. lib. 1. quod is, qui petit manu tene-
ri, agere dicitur possessorio retinendi: & addit, nu.
8. manu tenere esse defendere & tueri ex l. 1. §. 1.
ff. ne vis fiat ei, & hoc est quod petijt præd. ecclesia
& eidem concessit ordinarij sententia saluo iure
proprietatis de quo alio iudicio agi oportet vt in
terminis probat, d. c. querelam in fine.

Superioribus non obstant bullæ Apostolicæ ac
Regia priuilegia in contrarium producta, quibus
prætenditur sublatam esse consuetudinem exi-
gendi dictam quartam atque ab eisdem improba-
ram: quia primo respondeo, hoc concernere iudi-
cium proprietatis de quo nunc non agitur sed tâ-
tum de possessorio iuxta d. c. querelam in fi. & in
hoc iudicio possessorio nihil obstat dictæ ecclesię.

Secundo respôdeo præd. concessiones Aposto
licas & Regias nunquâ fuisse vsu receptas in eo
episcopatu, imo per contrariû vsum atque anti-
quâ côsuetudinê eis est derogatum arg. l. de quib.
eum materia, ff. de legib. sicut idem contigit in Ar-
chiepiscopo Toletano illi circumuicino, vt constat
ex processu: præmaxime cum præd. concessiones
sint pura & mera priuilegia vt ex ipsis constat, &
sic contrarium est ius cômune arg. c. fin. de testa.
4 insuper & consuetudo † probata & per non vsum
decennij amittitur priuilegium vt in l. 1. ff. de nû-
din. l. 3. tit. 7. p. 5. & l. 42. tit. 18. p. 3. Præterea bre-
ue Pij. V. Pontificis maximi ab aduersa parte pro-
ductum fauit præd. consuetudini & restringit pri-
uilegia contraria præfata eaque confirmat quate-
nus fuerint prout esse videntur & ad minus non
sunt in vsu, quinimo per contrarium vsum dero-
gata vt prædiximus, ergo nihil nocent ecclesiæ.

Non obstat etiam probatio contraria hospi-
talis diui Antonij, nec non & ipsius commenda-
tarij, quia omnes testes sunt familiares eiusdem
salariati comedentes & bibentes sumptibus dicti
commendatarij vt ipsimet fatentur in generali-
bus interrogationibus eisque est hoc oppositum
vnde nullam fidem faciunt iuxta iura vulgaria:
deponunt præterea de negatiua, testes autem d.
fabricæ de affirmatiua, vnde succedit communis
5 regula, quæ habet plus † credi duobus testibus
affirmantibus quam decem deponentibus de nega
tiua: ita tenet gl. expressa in l. item proferre, §. si
plures vero consenserunt, ff. de arbit. gl. etiam in
c. 1. in gl. fi. de rescrip. in 6. Innocen. in ca. super
hoc num. 2. de renuntiat. vbi inquit quod plus
creditur duobus affirmantibus quam centum
negantibus. Abb. in c. in nostra in fi. & in c. cum in
tua. nu. 2. de testib. Bal. in l. data opera nu. 44. C. de
his, qui accusare non poss. Robert. Marant. in re-
pet. l. is potest, nu. 329. ff. de acquiren. hæred. vbi
subdit id habere locum etiam si testes negantes
sint mille: dixi in mea allegat. 6. præ maximè cum
probatio affirmatiua in proposito sit: & corro-
borata libris rationum d. fabricæ.

Tertio non obstat quod contra probationem
ecclesiæ præfatæ obijcitur nêpe esse nullam quia
procurator eiusdem non habuit speciale manda-
tum prout de iure requiritur ad restitutionem,
quam petijt aduersus omissam probationem ob-
tinendâ, quia respondeo 1. pręd. mandatum suffi-
ciens fuisse quia speciale ad hanc litem & ad alia,
speciale requirunt mandatum adiecta clausula
vbertima huiusmodi: *E hazer y hagays todos los
autos e diligencias judiciales y extra judiciales que
cumplan y conuengan y menester sean de se hazer, e
que nos hariamos e hazer podria mos presentes siendo,
aunque sean tales y de tal qualidad que segun derecho
requieram otro nuestro especial poder*: quod sufficit
ex tex. in c. qui ad agendum de procurat. in 6. ibi,
6 sed † si aliquis, vel aliqui de articulis speciale
mandatum exigentibus specificati fuissent adie-
cta clausula generali, tunc ad non expressos etiam
7 admittitur. Secundo respondeo † quod licet ad
aliquam rê requiratur speciale mandatum, ver-
bi gratia ad restitutionem petendam, hoc tamen
non esset necessarium vbi illa res ad quam exigi-
tur speciale mandatum veniret incidenter causæ;
in qua quis speciale mandatum habet, ita Bart. in
l. indebitam, nu. 2. ver. hic est casus, ff. de cond. in-
debit. communiter approbatus secundum Curt.
iun. in l. 1. nu. 19. & 43. ff. de iurisd. omniû iudic.
sequitur Pan. Cast. in d. l. indebitam. nu. 6. dicens
quod tenent DD. & ibi Ias. nu. 1. Tertio respon-
deo quod idemmet iudex apostolicus iudicauit
hoc mandatum sufficiens ad petendam præd. in
integrum restitutionem, aduersus omissam proba
tionem, quandoquidem virtute eius petitam con
cessit ad præd. effectum, & sententia restitutionis
intimata fuit vtrique parti eidemque consense-
runt, & tandem transiuit in authoritatem rei iu-
dicatæ: non potest igitur nunc pars aduersa côtra-
uenire nec prædicta impugnare, obstante ei exce-
ptione rei iudicatæ, vt in toto tit. C. & ff. de excep.
rei iudica. & ita fauente Deo iuxta hoc côsilium,
quod traditû fuit iudici apostolico prædicto cau-
sa decisa fuit, quia confirmauit sententiam ordi-
narij in fauorê d. fabricæ latam & reuocauit con-
trariam Salmantinam.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Reus non tenetur edere actori instrumenta sua, & sic ei arma contra se præstare ad fundandam suam intentionem secundum communem opinionem.*
2 *Primo hæc regula fallit fauore ecclesiæ & piæ causæ agentis, cui reus tenetur edere instrumenta.*
3 *Secundo fallit vbi agitur de periculo animæ rei conuenti.*
4 *Tertio fallit ad fundandam replicationem actoris.*
5 *Quarto fallit ad coadiuuandam intentionem actoris.*
Quinto fallit vbi reus habet penes se instrumenta originalia tabellionis, vel argentarij.
7 *Sexto fallit vbi iudex ex officio vellet ex causa cogere reum ad edendum actori.*

CONSILIVM XXXXVI.


Vm ecclesia Ciuitatensis decimas in iudicio peteret à quodam magnate suo parocho opus habuit instrumentis locationis defensarum dicti sui parochi ad fundandam suam replicam aduersus exceptionem rei, quare petit ea in iudicio exhiberi pro eruenda veritate, reus vero se non teneri ad id affirmat, quoniam non tenetur de domo sua contra se actori arma præstare, iuxta l.fi.cum simil. C.de edendo, causa super hoc art. conclusa in fauorem ecclesiæ allegaui sequẽtia. Primo† quod etsi præd. regula, cui reus innititur, nẽpe non teneri de domo sua actori arma præstare ad fundandam suam intentionem, ex d.l.fin.cum simil. sit vera & communis, non tamen est sine contradictione, cõtrarium si quidem constanter probat respondens omnibus fundamẽtis receptæ opinionis Aemilius Ferret. in l. 1. à num. 17. cum sequentib. C. de eden. & ibi optime Curt. Iun. nu. 3. cum sequentibus, præcipue nu. 8. nihilominus tamen quamuis recepta sententia in praxi sit tenenda & in iudicio non sit ab ea discedendum secund. Cur. iun. vbi sup. num. 8. multas patitur limitationes, quarum singulæ & à fortiori omnes simul iunctæ prout in specie concurrũt, fauent ecclesiæ.

2 Prima† igitur & præcipua fallentia d. regulæ est fauore Ecclesiæ agentis, cui reus edere tenetur instrumenta secundum Alex. in d.l.fi. num. 19. C. de edendo. & ibi Dec. num. 13. est communis & vera opinio secundum eund. Dec. in c. 1. nu. 15. de probatio. vbi eam optime defendit, quod etiam probant DD. in alia quacunque causa pia & fauorabili vt testamenti, dotis, & similium, testatur receptiorem & in praxi seruari Aluar. Velasc. quæst. 8. emphyteus. nu. 7. nempe vbi ecclesia aliunde probare non potest: & hæc sola limitatio sufficiebat in proposito, quandoquidem est communis & decidit expresse nostrum casum.

3 Secunda †limitatio est, vbi agitur de periculo animæ rei conuenti: tunc enim ipse actori tenetur edere instrumenta secundũ Ias. in l. fi. C. de eden. num. 3. & ibi eius additio post Alex. nu. 21. Dec. in c. 1. nu. 36. de probatio. non soluere autem decimas ecclesiæ debitas esset in maximum & notorium periculum animæ ipsius rei: hoc autem euitari potest exhibitione præd. instrumentorum, quæ sunt penes reum. ex eisdem namque resultabit atque patebit decimas præfatas deberi: exhibenda igitur sunt à reo ecclesię, præmaxime, quod contra reum nolentẽ edere procedi potest per viã denuntiationis euangelicæ, vt cum alijs resoluit Curt. iun. vbi sup. nu. 9.

4 Tertia† fallentia est ad fundandam replicationem actoris: ad id namque reus tenetur instrumenta edere actori per text. in l. pen. §. fin. ff. ad l. falcid. vbi Angel. notat melius hoc ibi probari quam alibi in iure: & est ratio quia vbi actor fundauit actionem suam, & sic iudex de eo bene opinatur, æquitas dictat quod accipiat probationem de domo rei. Hanc testatur esse communem opin. Bald. in cap. 1. num. 12. de probat. sequitur Ias. in d.l. fin. in fin. C. de edend. post Bart. ibi & testatur communem Curt. Iun. ibi num. 14. & in l. 1. nume. 5. cum sequen. C. eodem, & Dec. in d. cap. 1. nu. 34. de probat. Alciat. in d.l. fin. ver. originem, & Velasc. vbi sup. num. 8. dicens quod praxis eam admittit quamuis aliqui in contrarium disputent & numeris sequentibus aliquibus modis eam declarat, sed in specie nostra ecclesia habet sufficienter probatam suam intentionem & ad excludendam exceptionem rei oporter produci præd. instrumenta vt ex testibus ecclesiæ apparet: ergo ipsa edenda sunt iuxta præd. limitationem.

5 Quarta † limitatio est ad coadiuuandã intentionem actoris iam fundatam secundum Bart. in d. l. fin. nu. 10. C. de edend. est communis secundum Curt. Iun. ibi nu. 16. sequitur plures referens Dec. in d. cap. 1. num. 33. de probat. sed, ecclesia in proposito habet plene probatam suam intentionem quod si aliquid de est, sunt præd. instrumen. ad eam coadiuuandam, ergo quamuis non esset ecclesia ipsa exhibenda forent, per prædicta.

6 Quinta limitatio est quando reus penes se habet instrumenta originalia tabellionis, vel argentarij, secundum Alex. in d.l.fi. nu. 12. sed ex probationibus rei constat, quod hęc instrumenta non fuerunt per tabellionem aliquem recepta, sed potius per famulos & factores ipsius rei, & quod penes eos remanserunt: ergo ea debet reus exhibere.

7 Sexta† & vltima limitatio est, vbi iudex ex officio vellet ex causa cogere reum ad edendum actori: eritque iusta causa & sufficiens, si actori absque eius culpa perijsset causa probandi, & vt veritas eruatur, vt tradit Alex. in d.l. fin. nu. 22. C. de edend. estque communis secundum Dec. in c. 1. nu. 31. de probat. vbi optime resoluit duos casus, in quibus omnes communiter conueniunt: at in nostro casu plura concurrunt, quibus iudex moueri debeat, ad compellendum reum ad edendũ, vt ex supradictis patet: ergo id pręcipere debet, & ita respondi. denique accedit quod cõmunis praxis & stylus regalis cancellariæ Vallisoleti habet quod ad petitionem actoris quantumcunque ad eius intentionem fundandam semper reus cogi-

tur

rut edere instrumenta, vt testatur D. Burg. de Paz q. ciuil. 5. num. 5. vbi, num. 6. & 7. idem probat in terminis iuris communis cum Curt. Iun. vbi sup. postquam vsus positionum fuit cognitus & maxime iure regio. Quibus visis ordinarius Ciuitatensis sua sententia ita etiam pronuntiauit, quo facto reus exhibuit præd. instrumenta, ex quorum tenore intentio ecclesiæ fuit coadiuuata atque verificata, & ideo in diffinitiua contra eundem magnatem in contradictorio etiam iudicio etiam obtinuit super præd. decimis, & quãuis reus à præd. sententia diffinitiua appellauit, in gradu appellationis fuit cofirmata prima sententia cum expensis in quibus idem reus fuit quoque condemnatus & tandem exequutoria lata in fauorem d. ecclesiæ cum prædict. sententijs, quia reus amplius noluit appellare.

SVMMARIA.

1 *Tertius possessor præscribit ius pignoris vel hypothecę, aduersus creditorem titulo & bona fide 10. annis inter præsentes, & 20. inter absentes.*

2 *In constitutione census minime venditur res ipsa super qua imponitur, sed quoddam ius percipiendi redditus, vel fructus illius rei vsque ad quantitatẽ census quot annis soluendi.*

3 *Tertius singularis possessor cum titulo & bona fide præscribit ius non soluendi censum constitutum super fundo quem possidet, si præd. tempore eum non soluerit, neque sciuerit, constitutum esse, vel si soluit, minus reliquum præscribet.*

4 *Præscripto iure executiuo exequutio debet annullari, reseruato iure suo creditori vt via ordinaria experiri possit.*

5 *Tertius possessor aduersus creditorem tempore ordinario 10. & 20. ann. præscribit viam exequutiuam & ordinariam.*

6 *Clausula de non alienando cum hypotheca speciali apposita in instrumento census, etsi alienationem annullet, non tamen impedit neque tollit præscriptionẽ.*

7 *Res maioratui atque restitutioni subiectæ quanto tempore præscribantur.*

8 *L. 1. C. si aduersus cred. intellectus.*

9 *L. 63. Tauri hodie l. 6. titu. 15. lib. 4. noua collect. reg. non loquitur in præscriptione hypothecæ, sed debiti, nec de tertio possessore præscribente, sed de principali debitore.*

10 *Virtus & effectus clausulæ constituti, de quo in l. fi. C. de acqui. poss. cessat per mortem constitutarij, maxime data ipsius negligentia quinimo & præscribitur vt in nu. 11.*

11 *Præscripta hypotheca census, omnes redditus censentur præscripti, & nu. 14 quid in alijs annuis præstationibus respectu principalis debitoris præscribentis. num. 13.*

CONSILIVM XXXXVII.



POssidente tertio quodam singulari successore domum titulo & bona fide per spacium temporis plusquam quatuordecim annorum comparuit creditor cum instrumento publico constitutionis annuorum redditũum super eadem domo, à Francisco quodam d. domus domino factæ, sed in præd. tempore nunquam annuus redditus fuit petitus à præd. tertio possessore, sed neque in ipsius notitiam vnquam peruenit, & ita tanquam liberam à præd. onere & & redditibus eam possedit præd. tempore. Nihilominus creditor petijt exequtionem pro redditibus decursis virtute dicti cõtractus publici in præd. domo censui hypothecata, citarique fecit ad vltimam pignorum licitationem ipsius domus possessorem clericum coram iudice ecclesiastico, coram quo causa fuit ventilata & in ea consultus respondi in fauorem dicti tertij singularis possessoris ex sequen.

1 Primo † quia præd. tertius possessor præscripsit ius atque hypothecam d. census per l. 1. & 2. C. si aduer. credit. quandoquidem plusquam decem annis continuis cum titulo & bona fide inter præsentes possedit domum præd. pro libera à præd. onere, nec vnquam redditum aliquem soluit eius ratione, neque conscius fuit super ea constitutum esse, quod sufficit in tertio possessore aduersus creditorem vt in d. iuribus, quibus consonar l. 39. tit. 13. p. 5. & l. 27. tit. 29. p. 3. tradit optime Francisc. Balb. de præscript. 4. p. 4. partis principalis q. 3. per totam fol. 37. & 38. vol. 8. tractat. diuer. doct. in antiquis & Salazar de vsu & consuetud. c. 11. nu. 50. fol. 151. ibi plures allegat.

2 Nec † obstat assertio partis aduersæ dicentis hanc, de qua agimus non esse hypothecam, sed venditionem: quia respondemus in constitutione census minime vendi rem ipsam super qua census imponitur, sed quoddam ius percipiendi redditus, vel fructus illius rei vsque ad quantitatem census quotannis soluendi, iuxta veram resolutionem, quam probat D. Couar. lib. 3. variarum resol. c. 7, num.. versic. quod item diximus, vbi nu. 5. & 7. quod est quædam hypotheca irregularis & latissime probat Auend. responso. 12. per totũ.

3 Secundo † & in proprijs terminis quod tertius singularis possessor cum titulo & bona fide præscribat decem annis inter præsentes & viginti inter absentes ius non soluendi census constitutos super fundo, quem possidet præd. tempore cum titulo & bona fide, ex eo, quod præd. tempore eos non soluerit, nec nouerit esse constitutos super d. domo, vel si soluit minus, reliquum præscribat, tenet & probat Franciscus Balb. in tracta. de præscriptio 4. p. 4. partis princip. q. 5. per totam & iterum, q. 7. num. 4. & 5, volum. 8. tract. diuer. doct. & Menchac lib. 2. controuers. illust. cap. 6. num. 2. & 16.

4 Et † quod in his terminis exequutio debet annullari reseruato iure suo creditori vt via ordinaria experiri possit, tenet Parlador. lib. quotidianarum quæstionum, c. 1. §. 16. num. 41. fol. 51. idque constat ex l. 63. Taur. hodie est l. 6. tit. 15. lib. 4. nouæ coll. reg. & expressius in l. 35. tit. 4. lib. 3. eiusdem nouæ collect. reg. dum dicit, *por no examinar, ni ver los dichos alcaldes mayores las tales obligaciones*

ciones y contractos muchas vezes las mandan executar, no lo pudiendo hazer conforme a derecho, o por ser el contracto condicional, &c. o por ser passados los diez años, &c.

5 Quinto † in nostra specie non solum via exequutiua vt prædiximus modo præscripta est quæ etiam ab ipso debitore principaliter obligato, ad aliquid dandum, vel faciendum per decennij trãscursum præscribitur, vt in d. legibus regijs cauetur quamuis via ordinaria creditor tũc agere possit aduersus debitorẽ obligatum vt supponit Parlador. vbi sup. sed etiam ordinaria cum agatur inter creditorem & tertium rei singularem possessorem, qui iure pręscribit hypothecam contra creditorem præd. tempore 10. annis inter præsentes, & 20. inter absentes cum titulo & bona fide vt in iuribus supra allegatis: & in iure non soluendi cẽsus quod prędictis temporibus respectiue pręscribatur iam supra probauimus.

6 Non † obstat modo clausula de non alienando cum hypotheca speciali eiusdem domus apposita in instrumento census: quia etsi hęc alienationem d. domus annullaret in eum effectum vt creditor posset agere pro exigẽdis redditibus decursis aduersus tertium possessorem via recta, nulla præmissa excussione: non tamen tollit nec impedit pręscriptionem quandoquidem tertius habuit titulum & bonam fidem & non errauit in iure, sed factum ignorauit, (hoc est) dictam hypothecam & prohibitionem: & quamuis res prohibita alienari præscribi non possit tempore ordinario 10. & 20. annorum, sed 30. vel 40. annorum vt late per D. Molin. lib. 4. de Hispan. primoge. cap. 10. nu. 1. & 2. vbi plures ad vtrumque allegans testatur esse communem opinionem: hoc tamen locum habet
7 in † rebus maioratus atque restitutioni subiectis, vel fideicommisso, vt constat ex eisdem doctorib., qui in suis terminis loquũtur, quorum bonorum alienatio magis prohibita atq; perpetua est quam cæterorum alias alienari prohibitorum ex cõuentione partium, præmaxime quando aliquo casu possunt alienari vel cum aliqua solemnitate.

8 Non † etiam obest quod virtute d. clausulæ de non alienando, res præsumitur siue fingitur esse in dominio alienantis, & ita quod peti possit, ex d. l. 1. C. si aduers. cred. ibi. præterquam si debitores, vel qui in eorum iura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant: quoniam in nostro casu debitor nõ incumbit possessioni rei obligatæ; & in d. l. 1. loquitur de possessione actuali, & naturali, quam habet hic clericus, non vero debitor principalis, qui est iam mortuus, nec eius hæres.

Non etiam obstant cætera verba d. l. 1. ibi, vel qui in eorum iura successerunt, hoc nanque intelligitur de successore vniuersali, nõ vero de singulari vt tenet glo. ibi & Balb. vbi supra dicens communem, & in 2. p. 3. partis princip. q. 14. nu. 5. fol. 29.

L. præterea 63. Tauri quæ hodie est l. 6. tit. 15. lib. 4. nonæ collect. reg. nõ obest, dum dicit, quod vbi in obligatione adest hypotheca, debitum præscribitur triginta annis, & non minus, quia dupliciter respondemus huic obiectioni.

9 Primò † quod hæc lex non loquitur in præscriptione hypothecæ, sed debiti, vt ex ipsa constat, quod est diuersum, vt in terminis tenet Ioan. Yañes Parlado. in lib. quotidian. quæst. c. 1. §. 16. nu. 51. secundo & peremptorie respondeo quod non loquitur de tertio possessore præscribente, sed de principali debitore sicque remanet incorrectus titulus C. si aduers. credit. de quo supra, vt sentit Anto. Gomez. in d. l. 63. Taur. in fin. verb. & tenẽt expresse Cifuent. & Castell. ibidem atque Palacios rub. num. 51. col. fin. item Parlado. vbi supra. nu. 51. ad fi. & Olanus in sua concord. iuris litera H. nu. 27. pag. 138. & Salazar. vbi supra, nu. 52. post Gomez. de Leon quem refert in sua centur. respon. 50. nu. 3. licet Salazar, distinguat postea in nu. 55. sicque neque via exequutiua nec ordinaria habet locum in proposito.

10 Denique † nobis non contradicit clausula constituti in præd. instrumento census apposita, quoniam virtus & effectus ipsius à l. fin. C. de acquir. poss. concessus, nempe vt res possit anocari à tertio possessore, cessat & extinguitur per mortem illius, qui creditoris, vel alterius nomine se possidere constituit, maxime data negligentia constitutarij patiendo alterum possidere, vt plures allegans resoluit Iacob. Menoch. de recup. posses. remed. 14. num. 64. cum sequen. & præterea Pelaez de maiorat. 3. p. q. 6. n. 17. vbi refert Carol. Ruin. consi. 127. ad fin. lib. 5. loquentem in tempore de-
11 cem annorum. Secũdo respondeo, quod † virtus dicti constituti præscribitur longo tempore (hoc est decem annis, si possessio illo tempore penes tertium sit, cum patientia & negligentia creditoris,) vt resoluit Tiraq. in trac. de iure cõstit. posses. limit. 21. per totam, & plures allegans Pelaez vbi sup. nu. 19.

12 Præscripta † igitur prædict. hypotheca & iure soluendi censum, reliquum est vt non solum redditus decursi ante præd. 10. annos, sed etiam postea præscripti censeantur, cum omnes à causa iam præscripta procedant, immo verius nulli cucurrerint; alias enim de nihilo aut parum seruiret prædict. præscriptio, si decursi redditus à decẽ annis infra, & in posterũ decurrendis deberent quemadmodũ. n. sicco fonte atq; ipso omnino exhausto & extincto aqua non emanat neque currit aut desluit: sic nec redditus præscripto iure atq; radice & origine censsus: quomodo enim potest aliquid produci sine producente, uel causari sine causa? Vnde sicut redempto censu, redditus nullus amplius debetur, quia quod nihil est, producere non potest vt ratio naturalis docet: ita & eodem modo præscriptio legitima sublato ipso censu iure, redditus non currit.

13 Et † quamuis respectu principalis debitoris, qui per multum temporis spatium præstationes annuas non soluerit sit maxima controuersia inter nostros dd. an omnes decursę censeantur pręscriptæ, vel tantum non solutæ ante decimum annum,

aliud vel tempus legitimum vt constat ex Boer. decis 336. per totam, vbi tenet communem opin. quæ habet non omnes præstationes seu redditus decursos esse præscriptione sublatos, sed eos tantũ qui ante decénium decursi sunt, aduersus alteram communem cõtrariam, quam ibi refert, sed nihilominus quod omnes consequantur præscriptæ in præd. specie probat ac magis communem appellat D. Ant. Gom. 2. tom. c. 11. de qualit. contr. nu. 45. & Parlado. vbi sup. §. 12. nu. 41. & §. 13. nu. 44. ad fi. & prius nu. 41. vbi loquitur in redditibus, & quod census & annuæ præstationes præscribantur spatio 30. annorum, vt in l. cum notissimi. §. in ijs. C. de præscript. 30. vel 40. ann. à tempore quo cessatum est solui non solum pro præteritis, sed etiã pro futuris, vt in c. de quarta de præscri. Abb. in c. auditis col. vlt. eodem tit. est communis & magis cõis sent. 20. secund. Tiber. Decia. cons. 2. nu. 39. cũ seq. vol. 1. vbi plures refert, & nu. 42. quod procedit contra ecclesiam & cõtra episcopũ. Attamen

14 † respectu tertij singularis possessoris, habentis titulum & bonam fidem cum possessione 10. annorum continuorum inter præsentes, & 20. inter absentes non soluendi censum res est planior atque indubia vt prædiximus, cum per præd. tempus respectiue præscribatur ipsum ius census in proprietate hoc est capitale: ergo nulli redditus debentur vt in terminis tenent atque expresse probant Balb. & Meneha. vbi sup. & ita obtinuit atq; pronuntiatum fuit per officialẽ Ciuitat. per supra dicta in fauorem dicti tertij possessoris, die 2. Martij ann. 1582. annullauit enim executionẽ præd. ab eaque & à petitis per actorem in hac lite & causa absoluit & liberauit reum.

SVMMARIA.

1 *Nuntians nouum opus actor est, nuntiatus vero reus & ordo seruandus in propoposito.*

2 *Quod procedit licet alius nomine absentis nunciati petat remissionem cessationis operis: adhuc enim nunciatus dicitur reus.*

3 *Iudicium constat ex tribus, iudice, accusatore & reo, & quare sic vocentur.*

4 *Ecclesia potest nuntiare nouum opus in suo solo contra laicum coram iudice ecclesiastico.*

5 *Contra operarios ecclesiæ sua mercede conductos an nuntiari possit nouum opus ac causa prosequi coram iudice seculari, vel an coram ecclesiastico sit tractanda.*

6 *Hæres vniuersalis, vel singularis successor nuntiati tenetur præstare patientiam vt opus post nuntiationem factum destruatur.*

7 *Clericus quando tanquam nominatus & ius habens & sic tanquam necessarius defensor aduocat causam ad forum suum, sibi dandus est libellus de nouo.*

8 *Citatus si sua interesse putauerit si compareat efficitur actor voluntarius, & debet sequi forũ citare facientis & nu. 10. limitatur.*

9 *Clericus citatus cum clausula, si sua interesse putauerit comparens & opponens exceptionem declinatoriam petendo ad suum iudicem competentem remitti, non debet conueniri coram iudice laico.*

CONSILIVM XXXXVIII.



AD Regiam cancellariam Pincianam fuit delata per viam violentiæ causa ecclesiastica coram ordinario Ciuitat. pendente lite inter decanum & cap. huius almæ ecclesiæ Ciuitat ex vna parte; & concilium & rectores huius ciuitatis ex altera: super nũtiatione noui operis facta coram iudice seculari eiusdem ciuitatis contra operarios d. ecclesiæ laborantes in platea eiusdem ecclesiæ ipsi contigua à procuratore generali d. ciuitatis, in quo ædificio fuit cessatum per terminum 90. dierum iussu prætoris iuxta dispositionem iuris ac l. regiæ de hac re agentium, ac præterea ad petitionem d. ciuitatis fuit ad causam citatum dictum capitulum si sua interesse putauerit, &c. quo viso pro parte dictorum decani & capituli fuit occursum ad suum iudicem ecclesiasticum & ab eo petitum vt inhiberet iudicem secularem super hoc tanquam contra personas ecclesiasticas, quarum in rei veritate causa propria erat, non vero operariorum laicorum ad id mercede sua conductorum incompetentem: quod sic in forma sufficienti decreuit ordinarius cum clausula tamen iustificatiua, si senseris te grauatum compareas, &c. & quod ad eum tanquam iudicem competentem causam remitteret, cui decreto opposuit se ciuitas ab eoque appellauit contrarium prætendens: & in hoc articulo negotium fuit delatum ad regium Prætorium cum probationibus vtriusque partis super possessione & proprietate dictæ plateæ atque solarij. prætendente ciuitate esse publicum ecclesia vero suũ. Nos, ad quẽ iure & ex proprij officij munere spectet cõsulti, defensio huius sanctæ ecclesiæ eiusq; iuriũ, defendimus causam hanc coram iudice ecclesiastico esse agendam, ad ipsumque esse remittendam, vt fine debito eam terminare debeat, non vero coram seculari, nostraque scripta super hoc, quæ sunt sequẽtia, ad regium tribunal prædictum misimus.

1 Et † primo quoniam in hac materia operis noui nuntiationis, nuntians nouum opus actor est nuntiatus vero reus: debet nãque ille in ipsa nuntiatione se offerre ad probandum & ostendẽdum jus suum idque ad effectum producere intra nonaginta dies immediate sequentes: quod si hoc non facit in dicto termino, eo lapso ad instantiam nuntiati, etsi nihil is præstiterit, concedi debet facultas ædificandi atque in opere nouo procedendi, præstitis fideiussoribus de demoliendo inuentum si ita postea per diffinitiuam præcipiatur: tamets non ex hoc instãtia pereat, potest enim post lapsum d. termini causa prosequi & concludi, ac proinde in definitiua postea decidenda venit vt probatur ex omnibus iuribus in hoc loquentibus & præcipue ex l. vnic. C. de noui oper. nunt. & ibi expresse notat gl. magna. Bar. & communiter. dd.

in cap. significantibus & in cap. fin. de noui oper. nuntiat. & ibi etiam Abb. & communiter dd. l. nona. titul. 32. par. tertia, & ibi Gregor. Lopez. in glo. *buenos fiadores*, Gomesius in l. 46. Taur. numero 34. vbi testatur hanc esse communem resolutionem: bene igitur sequitur ex prædict. praxi & communi resolutione, quod prædiximus nempe nuntiantem esse actorem, nuntiatum vero
2 reum. quod † adeo verum est, vt procedat licet alius nomine absentis nuntiati petat remissionem cessationis operis: adhuc enim dicitur atque proprie est reus nuntiatus vt in l. de pupillo, §. qui remissionē ibi. sustinet enim partes defensoris, ff. de ope. noui. nunt. si igitur nūtians est actor debet sequi forum rei iuxta regulam iuris vulgarem vt in l. 2. C. de iurisdi. omnium iud. & in c. si clericus laicum, & in c. cum sit generale. de foro comp. sicque coram iudice ecclesiastico causam proponere.
3 Secundo † quia iudiciū constat ex tribus, iudice, accusatore, & reo: Accusator vocatus est, quasi causator, quia ad causam vocat eum, quem appellat: Reus à re quā petitut nuncupatus: quia quamuis conscius sceleris non sit, reus tamen dicitur, quamdiu in iudicio pro re aliqua petitur, vt in c. forus versic. in omni quoque negotio, de verb. sig. recte igitur ex hoc conuincitur quod ciuitas ipsa sit in causa hac actor, quandoquidem ad causam vocat: ecclesia vero reus, in eum sensum quod ius suum super quo ad iudicium vocatur defendat.
4 Tertio † & à fortiori, quia si alius in solo ecclesiæ ædificaret posset ecclesia corā suo ecclesiastico iudice opus nouum nuntiare etiam contra laicum: vt expresse probat. text. in d. capit. significantibus de noui oper. nunt. ibi, in quadam platea ecclesiæ suæ, eis prohibentibus, &c. vbi quidam ciuis Parisiensis ædificabat in quadam platea ecclesiæ cathedralis, canonicis contradicētibus, & nihilominus causa noui operis nuntiationis fuit agitata coram officiali Parisiensi tanquam competenti super re, & iuribus ecclesiæ, & ibi Abb. num. 2. post Ant. de But. hoc notat, dicēs quòd hoc casu, nempe cum ecclesia nuntiat coram episcopo, potest laicus de iure conueniri: quia ille qui nuntiat molestatur in iure suo, & quia quodammodo committitur sacrilegium turbando rem ecclesię, argumento c. cum sit generale. de foro competente.

Præterea quarto quia probatur sufficienter non solum hoc solarium esse ecclesiæ, sed etiam in eo esse plura sepulchra ossaque defunctorum, ex quibus locus efficitur religiosus vt in tit. de religios. & sump. fun. de loco igitur religioso quis cognoscere potest, nisi iudex ecclesiasticus?

Non obstant modo, quæ in contrarium objiciūtur, & primo libellum nuntiationis noui operis non fuisse propositum contra ecclesiam præfatam, neque contra capitulum, sed tantum contra operarios laicos, sicque coram iudice seculari tanquā competenti laicorum agendum esse, non vero coram ecclesiastico: huic namque facilis est respon-
5 sio: hos nempe † operarios in causa non esse partes, quia eos non tangit: conducti enim erant sua mercede ad illud opus, in quo bona fide laborabant, & cum primum eis fuit intimata cessatio operis, statim ab opere discesserunt, & in alia opera conducti abierunt, sicque ad eos amplius non pertinet cura operis neque eos quicquam negotium tangit, sed vere ipsum est ecclesiæ: iure autem non inuenietur cautum quod nuntiatio operis prosequi possit contra officiales conductos bona fide in opere laborantes, nisi solum quatenus ad cessationem per dictos 9. dies, & ad demoliendū quod forte fecerunt post prohibitionem sibi intimatā, non vero eius, quod prius bona fide fecerunt: hoc enim agendum est cum parte formali & principali cuius est opus: cum sit remedium in rem scriptum & non in personam iuxta tex. in l. operis & in l. prætor ait, in principio, & ibi Paul. Cast. ff. de operis noui nunc. l. 6. tit. fin. par. 3. hinc est vt † hæ-
6 res vniuersalis, vel singularis successor nuntiati teneatur præstare patientiam, vt opus post nuntiationem factā destruatur, vt late probat Ant. Gom. vbi sup. num. 40.

Cautela autem qua ciuitas vtitur dirigendo libellum suum contra operarios laicos, non vero contra ecclesiam neque capitulum eius, nihil prodest, cum sit contra ius & in fraudem fori ecclesiastici eiusque iurisdictionis; cum sit igitur vna causa & ad forum ecclesiasticum spectans, continentia eius diuidi non debet, prout diuideretur si contra mercenarios ageretur coram iudice seculari, & contra ecclesiam coram ecclesiastico, quam certum est coram seculari conueniri non posse: neque iudiciū agitatum contra operarios nocere pōt ipsi ecclesiæ non citatæ legitime: ipsi vero operarij nec aliquid possident, neque ius habent ad solarium, super quo lis vertitur. Ergo contra eos non est lis prosequenda, sed contra ecclesiam possidentem iusque habentem ad solarium, & id eo præmaxime cum ipsa hoc petierit ante suum iudicem, iuxta doctrinam Abb. in c. quoniam frequenter, §. fi. num.
7 28. vt lite non contest. vbi tenet quod † quando clericus tanquam nominatus & ius habens, & sic est necessarius defensor atque principalis aduocat causam ad forum suum, sibi dandus est libellus de nouo: præmaxime cum ciuitas fecerit ad causam citari decanum & capitulum præfatos tanquam sua interesse putantes, vt fuerunt citari in persona sui procuratoris & ecclesia comparuit coram iudice seculari declinando eius iurisdictionem petensque remissionem causæ ad suum iudicem ecclesiasticum, coram quo parata est stare iuri cum ciuitate super præd. causa atque iustum ostendere de eoque docere.
8 Secundo † non obstat quod citatio præd. facta in decanum & capitulum non fuit præcisa & obligatoria, sed tantum voluntaria, si sua interesse putauerint, ac proinde capitulum comparens efficitur actor voluntarius & debet sequi forum ciuitatis iuxta tradita per DD. in l. testamenta omnia, C. de testam. circa insinuationem & publicationem testamenti, & per Marant. de ordin. iud. 4.

p.dist.7.in fi.nu.54.vbi loquitur in simili citatio-
9 ne contra clericum spoliatorem. Nam † vera & solida scribentium est doctrina, quòd licet clericus citatus cum clausula, si sua interesse putauerit, dicatur actor voluntarius, id tamen non procedit neque locum habet vbi comparuit & opposuit exceptionem declinatoriam, petendo se ad suum iudicem competentem remitti, quia tunc iudex laicus non dicitur competens vigore dictæ declinatoriæ, quæ secundum Bald. in l. si quis in conscribendo, in fin. C. de pact. potest opponi tam in causis magnis quam paruis, ordinarijs & extra ordinarijs, & tam corã iudicib. ordinarijs quam delegatis, & sequitur Rol. à Val. post Afflic. quem refert. consi. 29. nu. 16. & 17. lib. 2. & ante eum Capitius decis. Neapolit. 8. nu. 3. post Anchar. in ca. ea quæ, q. 17. de reg. iur. sequitur etiam Menoch. de recuper. possess. remed. 15. num. 23. qui nume. 228. cum sequent. Marantæ cautelam improbat; ad quem locum se remittit idem Menoch. de adipiscen. possess. remedio. 4. numero 477. Præterea in casu Marantæ sunt capita illius regni Neapolitani id expresse præcipientia, quæ ipse ibi refert, quibus præcipue nititur sua cautela: at in his regnis non est quid tale præceptum, sed ius commune, ciuile, & canonicum est seruandum, quib. est decisum actorem sequi debere forum rei præcipue in hac materia, operis noui nuntiationis, & opposita declinatoria, prout vidimus. Nec obstat doctrina scribentium in dicta l. testamenta omnia, C. de testamen. quia loquitur in actibus voluntariæ iurisdictionis nempe insinuationis & publicationis testamenti, nos vero agimus in actibus necessariæ iurisdictionis, nempe super dominio & possessione huius areæ, in quo de maximo præiudicio agitur, sicq; est actus iurisdictionis necessariæ, quia iudicium redditur in inuitum vt in l. inter stipulãtem cum simil. ff. de verb. obli. & sic ad iudicem ecclesiasticum causa pertinet. Præterea cautela præfata Marant. dato quod vera esset, nõ procedit, quando quis non stetit in terminis, si sua interesse putauerit. Sed vlterius dixit, quod alias procedetur in eius contumaciam, quia eo casu per cõparationem non dicitur actor voluntarius, sed necessarius secundum Socin. in tract. de citationibus in 2. artic. princip. q. 14. quẽ sequitur Capitius vbi sup. col. pen. in fi. & Rolan. à Val. vbi sup. nu. 18. prout in præsenti citatione in capitulum facta fuit dictum igitur, &c. tandem ex supradictis obtinuit ecclesia in regio prætorio, vt negotium remitteretur, prout fuit remissum, ad iudicem ecclesiasticum Ciuitatensem: postea vero ciuitas petijt retentionem causæ in regia curia, vbi ecclesia post transactum tempus nonaginta dierum obtinuit decretum regium, vt cum præd. fideiussionibus posset procedere in opere cœpto, signato loco differentiæ.

SVMMARIA.

1 *Hypothecaria actione an possit in solidum agi aduersus quemlibet possessorem rei ex pluribus hypothecæ subiectis; an vero pro rata & parte, & num. 6.*

2 *Hypothecaria actio competit insolidum aduersus vnũ ex heredibus debitoris pro re ab eo possessa, nec fit diuisio quo ad hoc, sicut fieret quoad actionem personalem.*

3 *Possessor tertius vnius ex pluribus fundis super quibus est cõstitutus annuus census an possit conueniri in solidum pro redditibus decursis & ad recognitionem census faciendam, an vero pro rata tantum & nu. 9. cum sequentibus.*

4 *Possessor tertius in præd. casu insolidum conueniri potest si agatur aduersus eum hypothecaria ordinaria & regulari.*

5 *Hæres constituentis censum possidens vnam rem ex pluribus, super quibus constitutus est, an possit in solidum conuenıri & quando, & nu. 8.*

7 *Fortior est hypothecaria irregularis quæ contrahitur & constitutione & impositione census, super aliquibus rebus, quam hypotheca ordinaria regularis.*

10 *Possessor tertius prædij, super quo annuus redditus est constitutus, potest conueniri directo ad eius solutionem, nulla præcedente excussione.*

11 *Imo via exequutiua aduersus eum agi potest hoc casu ratione prædij a se possessi, licet non sit nominatus in contractu censuali.*

12 *Possessor singularis rei, super qua annuus census constitutus est, cogi potest redditum soluere, ac recognitionem census fatere.*

13 *Illud tamen quod de redditu est dictũ, limitatur, quotiescunque creditor potuit eum exigere a principali debitore & culpa sua non exigit, vt in exemplo hic posito.*

14 *Sed quod de recognitione diximus an procedat etiam respectu obligationis personalis & via exequutiuæ.*

15 *Hypotheca specialis magis afficit rem, quam generalis,*

16 *Forma actionis hypothecariæ & sententiæ in ea ferendæ.*

17 *Censu constituto in solidum super qualibet ex pluribus rebus in quibus impositus est tunc absque dubio, quilibet possessor cuiuslibet rei earundem potest in solidum conueniri.*

CONSILIVM XXXXIX.



Onstituto annuo censu redimibili super tribus fundis pro capitali duorum millium ducatorum à Petro in fauorem cuiusdam Ioannis cum hypotheca generali omnium bonorum, ita quod specialis generali non deroget, necè contra; ac fundis alienatis & penes tertios extraneos possessores repertis, vnus eorum conuenitur à creditore via exequutiua directa in fundum à se possessum pro redditibus decursis plurium annorum, non solutis: & in alio libello separatim via ordinaria pro recognitione præd. annorum reddituum in futurum persoluendorum: Iisque maxime controuersa versatur propter uarietatem opinionum in vtraque specie, contendente creditore in solidum ipsum possessorem fundi ad vtrumque teneri, aut fundum a se possessum esse omnino ab eodem auferendum ratione

tione hypothecæ irregularis census, atque præ-
terea regularis generalis hypothecę omnium suo-
rum bonorum: possessore autem excipiente pro ra
ta tantum illius fundi à se possessi respectu trium,
in quibus simul fuit impositus census annuus esse
tantum conueniendum, paratumque se esse pro
rata soluere redditus decursos non solutos atque
pro in futurum currendis censum agnoscere, non
vero insolidum: consultus fui, quis eorum iustius
petat, & visis actis & quæ DD. nostri in hac mate-
ria longis commentarijs dicunt, mallem profectò
aliorum doctiora consilia videre, vt eorum iudi-
cio acquiescerem, quam meum in re adeo difficili
& controuersa interponere; nihilominus vt di-
gnissimo consultori morem geram, discutiam ar-
ticulum, & quid tenendum mihi videbitur insi-
nuabo, professus passum esse dubium atque dif-
ficilem.

Et primo videtur reum conuentum in huius-
modi specie pro rata tantum teneri tam ad cen-
suum decursorum solutionem quam pro in po-
sterum soluendis, non vero insolidum: Quoniam
† pluribus res hypothecę obligatas possidentibus,
qui non sint debitoris principalis hæredes, credi-
tor non potest aduersus quemlibet eorum insoli-
dum agere ad integram debiti solutioné, sed tan-
tum pro rata & parte possessa, vt in terminis hy-
pothecæ regularis & ordinariæ tenet Din. in l. Mo
schis, ff. de iur. fisci, & Io. Faber, in §. item siquis
in fraudem, nu. 26. insti. de actio. & Cassan. in con
suetud. Burgun. rubri. 5. §. 2. nu. 37. esséque æquio
rem hanc opinionem & in regno Neapolit. ser-
uari affirmat Matth. Afflict. in constitutio. Nea-
polit. lib. 1. rub. 17. nume. 26. & hæc opinio maxi-
mam habet æquitatem secundum D. Couar. lib. 3.
variar. resolu. cap. 7. numero 7. quamuis ipse eam
non probet: nec contra eam obest dict. l. Moschis
ibi, deinde in reliquum possessorem omnem: qui-
bus verbis Iurisconsultus respondet contra om-
nem possessorem agendum esse: intelligi namq;
potest vt contra omnem possessorem pro re pos-
sessa & eius ratione ac parte agatur, & sic pro ra-
ta: non obsunt ét l. creditoris, ff. de dist. pigno. &
l. 1. C. si vnus ex pluribus hæredit. credit. vel debit.
& cæt. quia procedunt quando debitor ipse possi-
det, vel aliquis ex eius hæredibus, omnes res obli-
gatas aut aliquam earum: eo namque casu † hy-
pothecaria actio competit in solidum pro re pos-
sessa per vnum ex hæredibus: nec fit diuisio quo-
ad hoc, sicut fieret quo ad actionem personalem,
vt notat glo. ex text. ibi in l. mulier, ff. qui pot. in
pignor. habeatur. gloss. prima, in fin. quam ap-
probat ibi Bartol. & sequitur magnificans & ma-
xime commendans Roder. Suarez in l. post rem
iudicatam, in prima limitatione l. Regiæ in ver-
sic. *que las cumplades, &c.* numero decimoquar-
to, ff. de re iudi. dicens non esse necessariam tunc
temporis excussionem, & ita sæpius obtinuisse in
praxi & præcipuè in causa ardua contra Almiral-
dum Castellæ, & iterum contra Comitem de Alba
de Liste, super villa de Villacin, idem Roderi. Sua

rez in l. quoniam in prioribus in 7. ampliatione
nu. 8. versi. & vnum perpetuo tene menti, C. de in-
officioso testa. sequitur etiam D. Couarru. vbi su-
pra d. nu. 7. in versi. deinde tex. & Greg. Lopez in
l. 14. tit. 13. p. 5. in gl. *primeramente* limitatio. 4.

Secundo & præcipue, quia etsi ratione hypo-
thecæ generalis, quæ regularis est cótraria opinio
tanquam communior vt infra dicemus, obtine-
ret contra opinionem Dyni & cæterorum supra
citatorum, adhuc tamen in hypotheca, quæ de-
ducitur ex constitutione annui redditus super
aliquo fundo, cum tamen differat aliquantu-
lum ab ordinarijs hypothecis, sicque est irregu-
laris, & præterea quodammodo similis sit contra-
ctui census, qui iuxta formam iuris pontificij có-
stituebatur de quo loquitur tex. in c. constitutus
3 de religios. dom. vbi † censu constituto super plu-
ribus ecclesijs, quælibet earum pro parte tan-
tum illum sentit: verius videtur vt constituto an-
nuo redditu super pluribus fundis ea constitutio
in vim & virtutem constitutionis annui redditus
non sit in solidum, sed pro parte cuilibet fundo
iuxta eius qualitatem & quantitatem competenti
intelligenda. Vnde si sint tria prædia æqualia, qui-
bus census impositus est, & hæc ad tres singulares
possessores deuenerint vt in nostro casu, quilibet
pro æqua & iusta parte annui redditus cogendus
erit eum soluere, & recognitionem facere, non ve-
ro in solidum, vt in terminis nostris tenet Guido
Papæ q. 432. nu. 4. & Cassan. vbi supra nu. 35. &
Rupellan. libro primo. foren. institu. capit. 10.
Abb. per text. ibi in d. cap. constitutus numero 8.
& Anchar. numero 13. quos refert & sequitur &
latè probat D. Couar. vbi supra numero 8. hic fa-
teatur dubiam esse: & post eum eandem proba-
runt & sequuntur Salazar in tract. de vsu & stylo
& consuetud. curiæ c. 11. nu. 38. cum sequentibus
fol. 159. vbi nu. 84. hoc limitat in casu de quo ibi
per eum & Rodoan. in tractat. de rebus ecclesiæ
non alien. in rubrica de constit. ann. reddit. nume.
69. & sic habemus determinatum nostrum casum
per supra dictos Doctores in fauorem rei tertij
4 possessoris. Hanc † opinionem limitat Couar. vbi
supra ver. quod si ad solutionem. vt procedat quo
ties in præd. specie agitur aduersus hunc tertium
singularem possessorem hypotheca irregularis
census, qua ipse constitutus est in illo fundo tan-
quam vno ex tribus per eum possesso: secus vero,
si ad solutionem redditus agatur hypothecaria
ordinaria, quæ solet apponi in genere erga alia
bona constituentis redditus prȩter illa super qui-
bus nominatim fuerit constitutus: tunc enim fa-
tetur Couarru. locum esse actioni in solidum ad-
uersus quemlibet tertium possessorem ex com-
muni opinione, quam infra pro actoris parte al-
legabimus, quem sequitur Salazar vbi sup. n. 87.

5 Quare † si vnus ex pluribus hæredibus consti-
tuentis censum rem aliquam ex his super quibus
reditus fuit constitutus, possideat pro rata tátum,
non vero in solidum, conueniendus erit ad solu-
tionem & recognitionem annui redditus, cú non

agatur eo caſu hypothecaria actione ſimpliciter, ſed ratione conſtitutionis & aſſignationis annui redditus ſuper eadem re, quæ facta videtur pro rata & diſtributione: ſecus vero erit vbi ordinaria hypothecaria hac in ſpecie ageretur: ita tenet D. Couarru. vbi ſupra in fin. in verſic. immo & ſic ex pluribus.

Hæc ſunt, quæ pro hac parte tertij ſingularis poſſeſſoris & ſic in fauorē rei inuenio, & quidem non parui pendenda, quia ſatis probabilia videntur, ac authoritate plurium grauiſſimorum authorum munita ac roborata.

Sed pro actore, quod tertius hic poſſeſſor ratione vnius fundi ex tribus cenſui ſuppoſitis teneatur, ac poſſit in ſolidum conueniri pro redditibus decurſis & recognitione cenſus ſoluendi in poſterum aut fundum dimittere, primo facit.

6 Nam † vera & magis recepta ſententia eſt aduerſus quemlibet ex pluribus rerum hypothecarum, poſſeſſoribus creditorem hypothecaria ordinaria & regulari poſſe in ſolidum agere ad integram debiti ſolutionem, nec poſſe cogi contra omnes actionem hypothecariam aut contra eorũ quemlibet pro rata deducere in iudicium, vt probat text. ſecundum glo. & Bart. ibi in d. l. Moſchis in verbis ſupra relatis verbo, poſſeſſorem omnē, quæ exponit, id eſt, quemlibet: dictio enim omnis ſingularis numeri, cuilibet in ſolidum actum tribuit vt ibidem gl. & DD. exiſtimauerunt, & in l. hoc articul. ff. de hæred. inſt. quibus ſuffragatur quod hypotheca eſt indiuidua, l. rem hæreditariam, ff. de euictio. l. pignoris, ff. de pignor. & ideo merito hanc opinionem in terminis cum glo. vbi ſup. ſequitur Speculat. in tit. de oblig. & ſolut. §. 1. num. 46. verſi. item debitor meus & Corn. conſ. 153. lib. 1. Iaſ. in §. item ſi quis in fraudem, num. 128. inſtitut. de actio. Anto. de Fan. de pignor. 1. membro 8. partis principalis. nu. 50. & hanc ſententiam iure veram eſſe cenſet Matth. de Afflict. vbi ſup. nume. 26. & hanc opinionem teſtatur veriorem & magis communem Couar. vbi ſupra d. num. 7. qui eam ſequitur & ſecundum eam iudicatum fuiſſe teſtatur Gomez de Leon in ſua centu. deciſ. 17. quem refert. eand. ſequutus Didac. Perez in rubri. tit. 2. lib. 8. ordin. pag. 35. vnde non obſtat opinio Dyni & ſequacium tenētium in his terminis contrariam; nam hæc, quam poſtremo adduximus ſententia verior, & magis communis eſt, ac proinde abſque dubio in praxi tenenda, & ſic reſpondetur primo fundamēto cōtrariæ partis.

Secundo pro eodem actore facit, nam etſi hæc hypotheca, quæ inducitur ex conſtitutione & noua cenſus fundatione ſuper quibuſdam rebus immobilibus, certis finibus deſignatis diſſimilis atq; irregularis videatur ab illa, quæ regulariter pro ſecuritate cuiuslibet obligationis adijci ſolet, nō video cur in propoſito circa ſubſtantiā ipſam minus operari debeat, quam illa regularis, neq; qua ratione hoc ſuſtineri valeat, ſi enim in hypotheca ordinaria & regulari fatemur intentum actoris, à fortiori videtur idem dicendum in hac hypo-

7 theca irregulari cenſuum; fortior † ſiquidem eſt illa, & ad maiorem cenſus exolutionis ſecuritatem adiecta, ex voluntate & expreſſa mente partium, necnon & ad valorem, & iuſtitiam eiuſdem contractus cenſualis vt inde creditor percipere valeat ſuos redditus quotannis. Cum enim conſtituitur cenſus aliquis non venditur ipſe fundus ſuper quo conſtituitur, ſed ius percipiendi redditus ipſius fundi iuxta veriorem & magis communē ſententiam vt alibi diximus: ergo hoc quod in fauorem creditoris adijcitur, non debet in eius diſpendium retorqueri vt in l. quod fauore, ff. de reg. iur. cum ſimil. quod autem ſit in fauorem patet, quia cenſuarius mallet potius cenſum conſtituere generaliter ſuper omnibus bonis ſuis, quam nominatim ſuper certis quibuſdam fructiferis de ſui natura, ne illa bona nuncupatim obligata habeat, propter quod nō ita faciliter ea alienare poſſit: cum igitur nulla ratio iuridica differentiæ aſſignari poſſit inter vtramque hypothecam, & præterea concurrat mens partium, profecto abſonum videtur non eſſe ita fortem hypothecam præd. irregularem, ſicut ordinariam regularem, quam difficultatem ſentiens Couarr. vbi ſup. d. num. 8. in verſ. nō enim fortior, licet prius probaſſet ex quadam potius æquitate, quam iuris rigore priorem contrariam ſententiam, quam pro reo adduxi, non inficiatur eam dubiam eſſe, atque ideo in praxi apud Hiſpanos rariſſime receptam fuiſſe; imo inquit ſe ſcire contrarium definitum iudicum ſententia eſſe frequentiſſime: & ſic iuxta hāc vltimam opinionem, de qua præſens eſt ſermo; quam etiam de iure & in praxi attenta mente contrahentium probat Aluar. Valaſc. in tracta. de iure emphyt. 1. p. queſt. 32. num. 15. dicens ita quandoque iudicatum, vt cuiuſque prædij poſſeſſor in ſolidum pro cenſu poſſit conueniri: nam cum plura prædia cenſui ſubmittuntur, ea contrahentium mens eſſe videtur, vt melius proſpiciatur emptori, quod non contingeret ſi à pluribus teneretur pro rata exigere; quia particularis ſolutio ſæpe non minima incommoda affert, vt in l. plane, ff. de leg. 1. & in l. quidam æſtimauerunt, ff. ſi cert. pet. eandem ſententiam cōtra priorem probauit Virginius de Bocatijs de interdict. vti poſſidet. cap. 18. in q. de cenſibus, num. 51.

8 Quinetiam † eadem ratione idem dicendum venit in vno ex pluribus hæredibus conſtituentis cēſum poſſidente aliquam rem ex his ſuper quibus cenſus impoſitus fuerit, etiam ſi agatur actione hypothecaria irregulari, vt iure optimo poſſit in ſolidum conueniri ex d. l. 1. C. ſi vnus ex plurib. credit. vel debit. hæred. vt de iure verius eſſe cenſuit Rupellan. vbi ſupra d. cap. 10. prout eum pro hac parte contra ſe refert idemmet Couar. qui ſupra, licet eius opinionem obtinere dicat vbi ordinaria hypotheca agitur: hanc ſecundam opinionem probauit etiam Matth. de Afflict. deciſ. Neapol. 153. per totam; quod profecto abſque contradictione procederet vbi hypotheca ordinaria ageretur pro exolutione cenſus ſecundum Couarru. vbi ſupra,

& re

& recte; tametsi errore potius quam iure contra-
rium in eisdem terminis viderim tribus senten-
tijs conformibus atque executoria super eisdem
lata obtentum fuisse, vt adhuc cum ageretur ordi-
naria hypothecaria contra singulares possessores
bonorum hypothecatorũ, pro securitate census, in
quibus ipse constitutus nuncupatim non fuit, fue-
rint condemnati censum agnoscere singuli pro ra-
ta. Sed idem est iudicandum contra opin. Couar.
vbi sup. etiã vbi ageretur ex instrumento constitu
tionis census eiusque hypotheca irregulari nem-
pe executionem fieri in solidum aduersus quem-
libet possessorem, & singularem successorem rei
censui subiectæ, ita vt vnius solutione cæteri libe-
rentur, reseruato iure possessori aduersus cohære-
des, vel simul possidentes, vt probat Gomesius de
Leon in sua centur. respons. 17. dicens ita iudica-
rum fuisse per supremos iudices, & Didac. Perez.
idẽ affirmans in Rubrica tit. 2. li. 8. ordina, pag. 35.
9 Quid † tenendum? Ego (etsi doleam contra opi-
nionem præceptoris communis D. Couar. & ma-
xime nostri, cui deditissimus sum, propter eius
ingentem; admirabilemque doctrinam, ingenij
integritatem, & acuitatem, atque suam lectio-
nem diuinarum, humanarumque literarum,
nec non & incomparabilem modestiam & religio
nem) huic secundæ opinioni adhæreo, in fauorem
creditoris eiusdemque actoris tum ex supra dictis
pro eadem parte, quibus remanet satisfactum fun-
damentis prioris; tum etiam, quia hypotheca hæc
irregularis bonorum in quibus specialiter census
ipse constitutus est, non solum infirmior non est
ordinaria hypotheca atque regulari, sed imo for-
10 tior & fauorabilior illa: hæc † siquidem irregula-
ris operatur vt licet alias tertius possessor prædij
conuentus hypothecaria possit opponere exceptio
nem excussionis iuxta text. in anthentica, hoc si
debitor. de pignor. cum simil. possessor tamen præ-
dij super quo annuus redditus est constitutus con-
ueniri posset ad eius solutionem etiam nulla facta
neque præmissa excussione: ex eo siquidem quod
fortior sit hæc hypotheca quo ad hunc effectum
omnibus quidem alijs absque præiudicio priorũ
creditorum vt cum alijs resoluit Couarr. vbi su-
pra d. lib. 2. variar. resol. cap. 7. nu. 6. in prin. quem
sequitur Rodoan. vbi sup. nu. 66. cum sequentib.
quicquid contrarium velit Guido Papæ, quæst. 9.
ad fin. & Valasc. de iure emphyt. q. 32. num. 14. in
11 versic. sed & illud, & imo † & via exequutiua agi
potest contra huiusmodi tertium possessorem rei
specialiter censui suppositæ absque pred. excussio-
ne licet non sit nominatus in contractu censuali
nec sit hæres constituentis censum ratione fundi à
se possessi, in quo exequutio fieri potest ac debet
ratione irregularis hypothecę specialiter super eo
impositæ pro securitate & valore census & ideo
possessor citandus erit ad vltimam pignorum li-
citationem, vulgo, *dicho para el remate*, & ita obten-
tum fuit in regio prætorio Pinciano, exequutorijs
literis super hoc latis.
12 Hinc † est etiam vt quilibet singularis successor,
qui fundum possideat super quo nominatim cen-
sus constitutus sit, cogi possit redditum soluere,
ac denuo præmissa obligatione emptorem ipsum
recognoscere vt dominum illius iuris percipien-
di annuum redditum ex ea re, secundum Guido.
Papæ, quæst. 42. & quæstio. 576. & Cassan. in con-
suetud. Burg. rubrica 11. §. 6. in princip. num. 2. &
in versic. aduerte, nume. 16. quod refert, & sequi-
tur D. Couar. vbi supra, nume. 6. addens quod etsi
præcitati authores hanc opinionem potius ad con
suetudinem Galliæ, quam ad ius commune refe-
rant, permittunt tamen idem esse, vbi annui reddi
tus constituuntur super aliquo fundo tanquam
ius reale, & seruitus adhærens eidem fundo,
quemadmodum, & apud Hispanos passim con-
13 stitui solet: illud † tamen quod modo prædiximus
de redditibus decursis limitatur, quoties credi-
tor potuit exigere a principali & non exegit, puta
si administrasset bona debentis censum; vel fru-
ctus ad eum peruenerunt, vel eius procurator, vel
negotiorum gestor fuerit, aut alio modo po-
tuit exigere, & apparere possit, quod negligentiæ
sua non exegit, cum in potestate sua esset exigere
vt resoluit Rodoan. vbi supra, num. 46. ex Socin.
in casu magis dubio consil. 173. lib. 2. & tenet etiã
Petrus Rebuff. in praxi censuali super pragmat.
Regis Alfonsi in verb. huiusmodi cens. super re-
14 bus, nu. 97. pag. 349. Quod vero † de recognitio-
ne census etiam præmisimus limitat Salazar vbi
supra, cap. 11. num. 63. cum sequentibus, saltem vt
non cogatur singularis possessor se obligare per-
sonaliter, neque vt exequutiua via teneatur, licet
contrarium innuere videatur Molin. in consuet.
Paris. §. 11. num. 19. nisi quando res est per exe-
quutionem ablata ab hoc singulari successore ob
non solutionem pensionis, quia tunc non tenebi-
tur creditor restituere rem nisi personam quoque
obliget ille, qui antea possidebat: sed quod negat
de via, exequutiua verum non credo, cum teneatur
facere instrumentũ publicum ratione dictæ rei a
se possessæ recognitionis, vt in praxi coram ordi-
nario Ciuitatens. ecclesiastico obtentum vidi con-
tra clericum possessorem domus pensioni per-
petuæ obnexiæ.

Hæc igitur proxime dicta, eo tendunt vt osten-
damus firmiorem naturam ac fauorabiliorem cre
ditori esse hanc hypothecam irregularem cen-
suum, quã ordinariam; si igitur hoc ita verum est
in predictis, quare contrarium dicendum sit respe
ctu obligationis in solidum contra quemlibet sin-
gularem possessorem bonorum censui nuncupa-
tim subiectorum? Non profecto; sed imo idem
prout in hypotheca ordinaria, quæ vt vidimus est
indiuidua, & in solidum contra quemlibet com-
petit, cum iure nõ reperiamus in illa contrarium
dispositum. Denique eadem secunda opinio ex eo
verior effici videtur quod in hoc censu sicut in
omnibus alijs regulariter semper adijcitur hypo-
theca generalis omnium bonorum constituentis
cum præd. clausulá vt specialis hypotheca gene-
rali non deroget, nec est contra; cum igitur credi-
tor

tot aduersus tertium vnius ex tribus fundis censui subiectis possessorem petit, vel agit pro redditibus decursis, & ad ipsius census recognitionem virtute instrumenti censualis quod produxit, vtrumque intentat, atque simul deducit hypothecam irregularem & ordinariam contentas simul in prædicto instrumento producto; quando igitur ex sola irregulari non haberet locum obligatio in solidum, quod diffiteor, per supradicta, saltem per ordinariam simul, qua ijdem fundi specialiter obligati comprehenduntur, id consequi deberet: siquidem communis id fatetur in hypotheca ordinaria intentata. nec in hoc casu videtur aliquid interesse inter hypothecam regularem specialem &
15 generalem, quia † licet specialis magis afficiat rē, quam generalis vt tradunt DD. In l. 2. C. de pignor. nihilominus in nostra specie hypotheca generalis ordinaria & regularis, relata ad fundos specialiter censui suppositos, videtur esse eiusdem potentiæ ac si specialiter hypothecaretur: quandoquidem per eam relationem certi fiunt præd. fundi ac specialiter nominati, videntur argumento l. certum, ff. si cert. petit. & quæ tradit Menoch. de arbit. iud. lib. 1, quæst. 68. num 43. & 52. consideremus præterea formam actionis hypothecariæ, ac sententiæ super ea ferendæ, quæ est huiusmodi,
16 vt † creditor petat rem sibi hypotheca tam tradia possessore ipsius, interim tenendam loco pignoris, donec debitum fuerit sibi solutum; & in hunc modum concipienda sententia est, vt in l. si cum venditor. in principio, ff. de euict. l. si fundus, §. in vendicatione, l. si inter, §. vltim. ff. de pignor. DD. communiter, in §. item Seruiana instituta de actio. & ita se habet communis consuetudo secundum Bart. in l. rem alienam, num. 12. ff. de pignorat. act. vbi quod est optimus modus hic concludendi in hypothecaria & forma magis communis, & sequitur alios allegans Ant. de Fan. de pigno. 8. par. 3. membro num. 24. addens ibi tenendam, loco pignoris, vel hypothecæ pro quantitate debita, & expensis: sequitur etiam & dicit communem D. Couar. lib. 1. variarum resolu. ca. 8. nu. 1. vbi commemorat alterum modum concipiendi hanc actionem hypothecariam secundum alios, nempe vt actor petat rei obligatæ possessorem damnari, vel ad ipsius rei restitutionem & traditionem, vel ad pecuniæ debitæ solutionem pro quantitate bonorum, quæ reus hypothecaria conuentus possidebat, nempe vt reus debitum soluat, tradendo bona per eum possessa ab ipso actore tenenda, donec debitum solutum fuerit, vel vt ea bona creditori in eum finem tradat, quod si ea nolit tradere, debitum ei soluat sicut Abb. & alij ibi explicant ex sup. dict.

Ex hac enim formula actionis & sententiæ super hypothecaria, tertius possessor ad amplius præcise non obligatur, si debitum soluere nolit, quam rem hypothecatam à se possessam dimittere: igitur possessor hic singularis vnius fundi ex pluribus pro censu obligatis specialiter dimittendo ac tradendo eum creditori, si nolit soluere aut recognoscere casum, liberabitur: cum ergo illum possideat, iustissimū est quod insolidum soluat & recognoscat, aut fundum quem possidet dimittat: quod si neutrum facere velit, idem fundus sibi auferatur ex præcedenti hypotheca, cum eius onere ad eum transit, sicque nulla iniuria ei fit; & hanc in puncto iuris existimo veriorem esse ac tenendam sentētiam, licet prior sit æquior, eius tamen æquitatem in iure scriptam non inuenio
27 ac proinde teneo secundam: quæ † absque dubio procedet vbi census in solidum expresse esset constitutus, super quolibet fundo, quod ita fieri ad effugiendas opiniones, non semel consului, tempore quo census ipse imponendus esset.

Quod si prædium oneri census subiectū in plures transeat, quilibet pro solido censu conueniri potest, vt recte probat Aluar. Valaseus vbi supra, ver. ex prædictis.

SVMMARIA.

1 *Primus creditor habens specialem hypothecam in quibusdam bonis debitoris itidem & generalem, si ad debitum suum persoluendum sufficiant bona specialiter sibi obligata, non potest agere contra secundum creditorem inuitum habentem in alijs specialem hypothecam, vt in l. 2. C. de pignor.*

2 *Creditor secundus in casu d. l. 2. C. de pignor. agit de damno vitando ideo præferendus.*

3 *In casu d. l. 2. C. de pigno. præsumptio est in dubio hypothecam primi sufficientem esse pro satisfactione sui debiti nisi aliud ab eo probetur.*

4 *Creditor, qui habet pignus, non potest petere capturam sui debitoris licet dicat illum esse suspectum de fuga.*

5 *Excussio prius facienda est in bonis debitoris principalis quam deueniatur ad tertium possessorem.*

6 *L. 2. C. de pign. est exorbitans ac procedit de æquitate ergo non extendenda.*

7 *L. 2. C. de pign. loquitur eo casu, quo primus creditor habet primo specialem hypothecam & deinde generalem, non vero, vbi præcessit generalis & subsequitur specialis vnde in hoc casu non procedit; sed contrarium est verius & receptius.*

8 *Ex ratione expressa fit extensio ad alium casum vbi viget ead. ratio etiam in correctorijs.*

9 *Vbi dispositio correctoria fauorabilis est, extensio conceditur.*

10 *L. 2. C. de pigno. procedit siue posterior creditor habeat generalem tantum hypothecam, siue specialem tantum; vel specialem & generalem simul.*

11 *L. 2. C. de pignor. decisio admittenda erit siue sit traditum pignus, vel non, priori aut posteriori.*

12 *L. 2. C. de pigno. procedit siue debitor possideat bona hypothecata siue primus creditor, vel alia extranea persona.*

13 *L. 2. C. de pigno procedit etiam si prior creditor in re specialiter sibi obligata tantū habeat specialem hypothecam, in alijs vero rebus generalem.*

14 *L. 2. C. de pigno. non procedit vbi prior creditor agit contra tertium rei possessorem qui creditor non sit iure pignoris.*

Excussio

15 *Excussio non requiritur in re specialiter obligata, quando agitur contra principalem debitorem, vel eius hæredem possidentem aliquam rem ex comprehensis in generali hypotheca.*

16 *L. 2. C. de pigno. decisio non habet locum quoties prior creditor habet generalem tantum hypothecam ampliorem tamen quam posterior vt hic.*

17 *L. 2. C. de pigno. an habeat locum & procedat quando prior creditor habet hypothecam ex causa dotis, & nu. 18.*

18 *Authentica hoc si debitor, C. de pign. an habeat locum vbi agitur hypothecaria ex causa dotis, & nu. 17. & nu. 19.*

20 *L. 2. C. de pigno. non habet locum vbi in instrumento pignoris siue hypotheca adest clausula, ita tamen quod specialis hypotheca generali non deroget, & è conuerso.*

21 *Excussio non est necessaria vbi est notorium debitorem principalem non esse soluendo.*

CONSILIVM L.



VIdua quædam, cui ex causa dotis a viro receptæ trium millium ducatorum fuerunt hypothecata generaliter bona viri sui, & præterea specialiter quidam fundus ipsius, ita tamen quod specialis hypothecaria generali non derogaret: nec generalis speciali, egit hypothecaria pro sua dote aduersus secundum creditorem, cui etiam bona illius viri erant postremo generaliter obligata pro alio debito, & præterea domus quædam specialiter sibi erat pignori data tanquam contra possessorem domus comprehensæ in priori generali hypotheca vxoris, vltimus hic creditor excepit de remedio l. 2. C. de pigno. sibi competenti: demum lite conclusa, quæritur an pro vidua, vel pro secundo creditore, pronuntiandum sit.

1 Et † prima quidem facie pro reo causam esse dicidendam apparet ex text. qui in hoc videtur expressus in d. l. 2. incip. quamuis. C. de pignor. vbi primus creditor habens specialem hypothecam in quibusdam bonis debitoris, itidem & generalem, si ad debitum suum persoluendum sufficiunt bona specialiter sibi obligata, non potest agere contra secũdum creditorem inuitum habentem in alijs specialem hypothecam: verba enim d. l. 2. ita se habent: quamuis constet specialiter quædã, & vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse & æquale ius in omnibus habere: iurisdictio tamen temperanda est; ideoq; si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt vniuersum redigere debitum, ea, quæ postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses prouinciæ iubebit: qui text. non est alibi secundum Bald. in cap. 2. de officio leg. & in d. l. 2. & vnicum in iure esse dicit idem Bald. in cap. 1. in fin. de rescript. & singularem appellat Bremens. singul. 53. incipit obligauit tibi, & eius meminit Angel. Aret. in §. item Seruiana, col. penul. circa medium de actio. Roman. cons. 187. col. 1. versi. tertio, quia cum ex alijs bonis: Aymon Crauet. consi. 77. nu. 16. iure igitur optimo petit secundus hic creditor vt viduatanquam prior, prius excutiat fundum sibi specialiter obligatum, quia sufficiens est pro suæ dotis exolutione: quam aduersus eũ ratione domus sibi specialiter hypothecatæ experiatur, licet ea inclusa fuerit sub priori obligatione generali; quod si hoc ordine præmisso constiterit fundum illum non sufficere ad prioris debiti solutionem, tunc temporis fatetur potius ius habere eandem viduam tanquam priorem creditorem in prædicta domo, agique posse contra eum, non vero ante, prętermissa speciali priori hypotheca, vt nunc facit dicta vidua ex d. l. 2. quæ condita est in fauorem posteriorum creditorum huiusmodi, ne in damnum & præiudiciũ ipsorum omittatur prioris creditoris specialis hypotheca cum generali concurrens, vt ibidem Docto. communiter fatentur: æquissime igitur lex hæc secund. eosdem voluit mirabili modo omnibus creditorib. esse consultum; nam etsi hoc beneficium concedatur ab illa lege secundo creditori vt possit primum excludere ab actione hypothecaria virtute generalis hypothecæ proposita, non discussa prius speciali, nihilominus priori creditori nihil nocuit, quandoquidẽ si hypotheca specialis prior pro sui debiti exsolutione non sufficiat, ad cæteras res generali hypothecæ subiectas possit se conuertere, suique debiti residuum recuperare, quod profecto maxima quadam ęquitate fundatum videtur: tenetur enim quis facere quod sibi non nocet & alteri prodest, vt patet: at vero quod prior creditor prius excutiat specialem hypothecam sibi sufficientẽ, quam veniat ad generalem, nihil sibi nocet, & secundo creditori prodest: ergo tenetur id facere per supradicta.

2 Præterea † creditor hic secundus vtens remedio singulari, d. l. 2. C. de pignor. agit de damno euitando, prior autem creditor, contrarium volens, non sic; immo nec de lucro captando, sed potius de inferendo quodammodo præiudicium secundo creditori, dum ab eo rem possessam pretendit suo libitu auocare: ergo pręferendus est in hac controuersia secundus creditor, & sic reus, argu. text. in l. verum, §. fi. & ibi glos. Bar. & cæteri, ff. de minor.

3 Vlterius † & ex eo iustificatur defensio huius secundi creditoris, quoniam quando agitur contra ipsum in specie, d. l. 2. præsumptio est, specialem hypothecam primi sufficientem esse pro satisfactione sui debiti, nisi aliud ab eo probetur iuxta glo. in d. l. 2. in verb. redigere, quam sequuntur ibi Sal. in 1. oppos. nu. 2. & Angel. Ias. in princip. instit. de action. num. 94. Rip. in l. priuilegia, num. 22. ff. de priuileg. credit. Paul. Paris. cons. 50. num. 28. lib. 1. Negusan. de pignor. 5. par. 2. membro, num. 51. in fin. D. Couart. lib. 3. varia. resol. c. 18. nu. 1. Octauian. Cacher. dec. Pedemon. 158.
4 nu. 2. & Rol. à Val. cons. 36. nu. 2. lib. 4. Hinc † infert Bal. in l. creditor, qui non idoneum pignus,

col.

col. 1. verſ. quæro vtrum, ff. ſi cert. pet. quod credi-
tor, qui habet pignus, non poteſt petere capturam
ſui debitoris, licet dicat illum eſſe ſuſpectum de
fuga, quem in hoc ſequuntur ibi Aretin. & Alex.
num. 2. Iaſ. etiam num. 2. Alciat. col. 3. Iaſ. in prin.
inſtit. de action. num. 23. & Rolan. à Valle vbi ſu-
pra num. 3. Tametſi Decius, in d. l. creditor velit
contrarium: cum igitur ſupradicta præſumptio
adſit contra actorē, & pro reo, merito quod dolo-
ſe agere ille præſumatur in hac ſpecie, ac proin-
de expellenda ſit vidua, ne ſuus dolus ſibi patro-
cinetur contra regulam iuris vulgarem.

5 Preterea † & ſecundo & non minus peremptό-
rie contra viduam facit regula generalis authen.
hoc ſi debitor, C. de pignorib. cui conſonat l. 14.
titul. 13. partit. 5. vbi cauetur prius fieri oportere
excuſſionem in bonis debitoris principalis, quam
deueniri poſſit ad tertium rerum hypothecatarū
poſſeſſorem; ſed hæc vidua minime hunc ordinē
ſeruauit, quia non egit prius contra bona mariti
nec contra eius hæredes, & de hoc excuſſionis be-
neficio nuncupatim oppoſitum eſt vt ex actis pa-
tet: ergo poſſeſſor hic liberandus eſt a petitione
præd. viduæ, donec excuſſio præd. facta ſit ex ſupra
dictis, & latius tradit Roland. à Valle conſ. 79. nu.
1. lib. 1. & in conſ. 85. nu. 12. lib. 2.

His autem duobus fortiſſimis fundamentis
non ſatis viderentur fundatæ partes rei niſi repli-
cis viduæ ſatis faciamus, & ideo vt omnino appa-
reat præd. reum liberandum eſſe, reſpondere li-
buit fundamentis actricis.

6 Et † primo quidem contra ſuperiorē non obſtat
quod diſpoſitio d. l. 2. C. de pign. ſit exorbitans, ac
proinde ſtricte intelligenda & non extēdenda ad
alium caſum, quam eum in quo formaliter loqui-
tur, arg. l. quod vero contra, ff. de legib. cum ſimil.
vt dicunt DD. in d. l. 2. & præterea tenet Soc. con-
ſi. 198. lib. 2. & conſi. 76. nu. 7. lib. 4. Anto. de Fan.
vbi ſup. & etiam Octauia. vbi ſupra nu. 4. & Rol.
à Val. d. conſi. 36. nu. 4. lib. 4. vbi nu. 5. quod pro-
cedit de æquitate, quia eſt contra l. qui generali-
ter, ff. qui potio. in pign. hab. in 1. reſpon. & in l.
generaliter eodem ti. C. vbi cauetur priorem cre-
ditorem ſemper potiorem eſſe etiam ſi ipſe & po-
ſterior creditor ſpeciales habeant hypothecas, &
7 prior ſpecialis ſufficiens ſit. Sed † ſic eſt quod d.
l. 2. loquitur eo tantum caſu, quo primus habet
primo ſpecialem hyphothecam ſuper quibuſdam
bonis debitoris, & deinde generalem ſuper vni-
uerſis vt ex eius litera patet, quaſi eo caſu genera-
lis hypotheca ſit in ſubſidium ſpecialis: non vero
loquitur è conuerſo vbi præceſſit generalis hypo-
theca, & ſubſequitur ſpecialis, vt in noſtra ſpecie
contingit: ergo in ea non procedit, nec locum ha-
bet diſpoſitio d. l. 2. ſed tantum in priori in quo
loquitur, à quo non eſt extrahenda, vt voluit gloſ.
ibi verb. accepiſti. quam ſequuntur Petrus de Bel-
laper. Alberi. & Ang. & voluit etiam Cromenſ. d.
ſingul. 53. dicens in caſu d. l. 2. generalem obliga-
tionem non eſſe conditionalem & ſubſidiariam,
caſu, quo res ſpecialiter hypothecata pro debiti
ſolutione non ſufficiat, inferens inde huiuſmodi
obligationem generalem ſuperadditam ſpeciali,
minus vtilem tunc eſſe, quam ſi abſolute eſſet ge-
neralis, quod ſuadere videtur text. in d. l. 2. in illis
verbis, quamuis cōſtet ſpecialiter quædam, & vni
uerſa bona generaliter aduerſarium tuum pigno-
ri accepiſſe, &c.

Non inquam hoc primum fundamentum vi-
duæ obeſt; quoniam id quidem iure non procedit,
ſiquidem d. l. 2. diſpoſitio locum habet, ſiue prior
creditor habeat primo ſpecialem hypothecam &
poſtea generalem, ſiue primo loco generalem &
poſtea ſpecialem: vtroq; enim caſu militat eadem
ratio ac ſumma illa æquitas, qua d. l. 2. fundatur
vt prædiximus: quid enim intereſt illic ſcripturæ
& verborum ordo, cum ex eo nō mutetur rei ſub-
ſtantia? nihil profecto; ac proinde, aduerſus prio-
rem, hanc ſecundam tanquam veriorem ſequitur:
& probat optimis rationibus Salic. vlt. q. & Fulg.
in d. l. 2. & Ant. de Fano. d. nume. 51. in ver. & pro
ampliatione & D. Couar. d. c. 18. nu. 2. ver. quarto
adnotandum erit alios allegans & deciſ. Pedem.
vbi ſup. nu. 6. atque D. Molin. de Hiſpā. prim og.
lib 4. c. 7. nu. 21. eſtque recepta ſententia ſecund.
Rol. à Val. d. conſi 36. nu. 7.

8 Non † obſtat quod d. l. 2. ſit exorbitās ac pro-
inde non extendenda; quia etiam in correctorijs
ex identitate rationis ſcriptę & expreſſæ fit exten-
ſio ad alium caſum, in quo eadem viget ratio: da-
ta enim idētitate rationis & eiuſdem mentis non
dicitur eſſe extenſio, ſed comprehenſio, vt in l. no-
minis & rei, §. verbum ex legibus, ff. de verb. ſign.
& ita communiter concluditur ſecundum Paul.
Pariſ. conſi. 16. col. 3. & 4. vol. 3. prout eum refert,
& ſequitur late probans & alios allegans Rol. à
9 Valle conſil. 27. num. 6 & 7. lib. 1. & † vbi diſpoſi-
tio correctoria fauorabilis eſt, extenſio cōceditur
ſecund. Iaſ. in auth. quas actiones. nu. 24. C. de ſa-
croſan. eccleſ. Rip. in l. ſi conſtante. nu. 71. ff. ſolut.
matri. & ibi Ioan. Crot. in 1. lect. nu. 47. & in rep.
nu. 87. Menoch. de adipiſce. poſſ. remed. 4. nu. 41.

10 Hinc † eadem ratione d. l. 2. diſpoſitio proce-
dit & obtinet, ſiue poſterior creditor habeat gene
ralem tantum hypothecam, ſiue ſpecialē tantum,
vel ſpecialem & generalem ſimul ſecund. Bar. in
d. l. 2. & Salic. in d. l. qui generaliter, Rip. in d. l pri
uilegia, num. 20. Pariſ. d. conſil. 50. num. 34. lib. 1.
Anton. de Fan. de pign. 8. par. memb. 1. nu. 20. ibi,
temperando, & D. Couar. vbi ſup. nu. 2. ver. tertio
Octauia. d. deciſ. 158. num. 6. probat late Rolan. à
Valle d. conſil. 36. num. 5. & ſequen. lib. 4. D. Mol.
vbi ſup. d. nu. 21. tametſi gl. in d. l. 2. verb. accepiſti
Bal. & Sal. ibidem, & Soc. conſ. 198. col. 2. & vlti.
lib. 2. & Pariſ. conſi. 50. nu. 31. lib. 1. ſentiant d. l.
2. tantum locum habere vbi ſecundus creditor ha
beret hypothecam ſpecialem in ea re quam defen
dere vult à priori creditore: hoc tamen alienū eſt
à præd. vera illius l. ratione, vt ex prædictis conſtat.
Eaſdem duas opiniones contrarias refert, & pri-
mā videtur tenere cum Couar. nouiſſime Io. Bap.
Aſinius in tract. de exequu. §. 7. c. 5. per totum.

Infertur

11 Infertur † etiam ex eisdem patum aut nihil referre (quod etiam vidua obijciebat) sit ne traditũ pignus, vel non, priori aut posteriori creditori, in vtroque enim casu ex identitate rationis admittenda erit decisio dict. l. 2. vt tenet gl. fi. ibi, quam omnes DD. in proprin loco expresse vel tacite probant, dempto Fulgosio secund. Couar. vbi supra, num. 2. in princip. vbi id latius prosequitur: sicque 12 procedit, siue † debitor possideat bona hypothecata, siue primus creditor, vel alia extranea persona: adhuc enim eadem est ratio, ergo eadem esse debet iuris dispositio argumen. l. illud, cum simil. ff. ad l. Aquil. vt tenet gloss. supra dicta, & Iacob. Butrie. Cyn. Bart. Bald. & Salic. in d. l. 2. quos refert & sequitur Neguſ. d. nu. 51. in vers. itẽ, d. l. 2.

13 Tertio † deducitur idem esse etiam si prior creditor in re specialiter sibi obligata tantum habeat specialem hypothecam, in alijs vero rebus generalem, eadem siquidem ratio hac in specie concurrit, quæ in casu dict. l. 2. nempe eum hypotheca generalis est in vniuersis bonis debitoris, tam in re illa specialiter obligata priori creditori, quam in reliquis, vt colligi potest ex Salice. in d. l. 2. in fine, cuius sententiam in hoc cum iudicio contra alios, quos refert probauit D. Couar. vbi supra, num. 3. vers. nono.

14 Diuersum † erit, vbi prior creditor agit contra tertium extraneum rei generali Hypotheca comprehensæ possessorem, qui eiusdem debitoris creditor non sit, etenim eum in hac specie creditor non sit, neque ius pignoris habeat, minime poterit beneficio d. l. 2. gaudere, ac proinde priorem creditorem sic contra eum agentẽ excludere ab actione hypothecaria, eo quod prius non egerit ad rem sibi specialiter obligatam, quæ debiti satisfactioni erat sufficiens: dicta namque l. 2. statuta est, vt prædiximus, in fauorem posteriorum creditorum, & ideo minime prodest extraneo possessori, sed tantum posterioribus creditoribus, vt tenent cõiter DD. in d. l. 2. & eum eis D. Couar. vbi sup. nũ. 2. in ver. 5. vbi & idem refert Ant. de Fan. in vtroque loco sup. citato Soci. & Paris. vbi sup. sequitur etiã, 15 D. Molin. vbi sup. nu. 22. Quamuis † in hac specie necessarium sit præcedere excussionem in bonis principalis debitoris vt sup. probauimus, secus tamen esset, si creditor ageret hypothecaria actione aduersus debitorem ipsum, vel aliquem ex eius hæredibus possidentem aliquam rem ex comprehensis in generali obligatione, quia tunc non requiritur excussio in re specialiter obligata, vt probat D. Couar. vbi supra vers. 6. addens hoc in casu in solidum agere posse creditorem aduersus possessorem præd. rei vt in l. creditoris, ff. de distract. pigno.

16 Similiter † diuersa ratio à casu d. l. 2. erit, quoties prior creditor habet generalem tantum hypothecam ampliorem tamen quã posterior, quia res quasdam continet quæ ex aliqua causa non fuerint sub priori hypotheca comprehensæ, ac proinde hac in specie non habebit locum decis. d. l. 2. vt probarunt Corne. consil. 73. lib. 1. sub pen. & fin.

cons. 75. num. 14. lib. 4. & Anton. de Fan. d. num. 51. in versic. sed dubitatur, & late D. Couar. d. nũ. 2. vers. 7. & D. Molin. vbi supra num. 28. quia hypotheca specialis magis afficit rem, quam generalis; ideoque nimirum si illa priusquam deueniatur ad generalem hypothecam exercenda sit; nec tunc temporis generalis hypotheca videtur constituta in subsidium specialis, vt bene probat D. Couar. vbi sup. d. vers. 7. ex quibus satis fit rationi contrariæ, supra adductæ.

17 Non † obstat etiam quod vidua in sui fauorem adduxit, nempe constitutioni d. l. 2. non esse locũ quando prior creditor hypothecam habet ex causa dotis, prout ipsa habet; quasi speciale hoc casu 18 quidem sit fauore dotis. Sicut † etiam d. auth. hoc si debitor, C. de pignor. & d. l. partitæ supra citata fauore dotis non procedunt, sicque in dotali hypotheca non est necessarium præcedere excussionem, quæ alias requiritur secund. Bald. Nouel. in tractatu de dot. in 8. p. priuileg. penult. post Roman. in d. l. si constante in princip. ff. solut. matrimo. super 3. part. Bart. 2. q. hoc siquidem vtrũque verum non est, quoniam lex generaliter loquens comprehendit etiam personas priuilegiatas vt in l. in fraudem, §. fin. versi. bonorum, ff. de milit. testam. ergo decisio, d. l. 2. procedit etiam vbi prior creditor hypothecam habeat ex dotis causa, vt verius senserunt Bal. ibi, & Roman. consi. 187. Rip. in dict. l. priuilegia, num. 19. & probat bene Doct. Couarr. vbi supra, nu. 3. versic. octauo, vbi inquit ita in causa magni momenti satis controuersa in regio prætorio Granatensi concordi iudicum suffragiu semel atque iterum pronuntiatum fuisse: necnon & dispositio text. in d. authen. hoc si debitor. cum similibus, itidem procedit in hypotheca dotali, in qua eadem excussio requiritur, de qua in illis iuribus iuxta gl. in l. vbi adhuc, ver. qui nõ potiora iura, C. de iur. dot. & ibi Cyn. 11. q. Bald. nu. 44. & alij, præcipue Salicet. q. 12. nu. 13. vbi dicit communem, sequitur Bar. in d. l. si constante, in prin. nu. 72. & ibi Alex. num. 22. & asserit esse magis communem Ias. ibi nume. 200. & nu. 208. inquit ab hac sia iudicando non esse recedendum & dicit communem Curt. ibi nume. 134. lect. 2. & Bal. Nouel. vbi sup. num. 2. & latius agens Palat. Rub. in repet. c. per vestras, §. 34. amplia. 13. n. 11. de dona. inter vir. & vxo. Ant. de Fan. de pig. 8. p. princ. 1. memb. nu. 23. sequitur Io. Camp. de dote. 3. par. q. 46. num. 1. dicit etiam communem Greg. Lopez in l. 14. tit. 13. partit. 5. in gl. pen. & plures referens Rol. à Val. consi. 9. nu. 5. & 6. lib. 1. & pro19 cedit † hæc communis sententia non solum iure Cæsareo, sed etiam iure canonico, & in foro ecclesiastico, cum nulla in hac specie inter vtrunq; ius reperiatur differentia, & si Pala. Rub. vbi sup. dubitet an eadem communis Bart. opinio iure pontificio admittenda sit, secund. D. Couar. vbi sup. nu. 3. in vers. imo licet, &c.

Nihilominus tamen in lite præfata, his non obstantibus pro vidua iudicandum esse firmiter teneo ac censeo, quia licet supra dicta omnia à nobis tra-

tradita atq; resoluta contra ipsam, & in fauorem rei conuenti, & sic secundi creditoris vera sint ac iure procedant, prout re vera sunt: in nostro tamen casu, alia ratione diuersum est dicendum, nempe propter illam clausulam instrumenti dotalis adiectam, scilicet, ita tamen quod specialis hypotheca generali non deroget, & e conuerso.
20 Hæc † nanque clausula, hunc intellectum admittit vt specialis hypotheca non impediat aliquo modo vsum generalis, ac si ea minime fuisset adiecta, & sic quod tunc temporis non habeat locum dispositio dict. l. 2. vt voluit, quamuis satis intricate, Cassaneus in catalog. gloriæ mundi. 12. par. considerat, 99. in vers. pro 25. limitatione aduerte, & Paris. consil. 103. nu. 3. & sequentibus lib. 3. sequitur Couar. vbi sup. nu. 3. vers. decimo fortassis & Octauian. etiam vbi supra num. 7. dicens ita censuisse senatum illum Pedemont. in simili causa & lite in eo ventilata, & Roland. à Valle dict. consi. 36. num. 8. cum sequentibus, lib. 4. dicens quod ita pro firmo tenetur, & Vincent. de Franchis decis. 5. Neap. nu. 1. & 2. dicens ita fuisse decisum ad relationem magnæ curiæ & Asinius vbi supra c. 6. resoluens c. 7. cum Cass. cons. 103. cum seq. idem esse quando instrumentum in ampla forma cameræ celebratum est.

21 Secundum † fundamentum partis contrariæ non obest, quoniam probatum est in processu debitorem principalem notorie non esse soluendo, quia nulla alia bona reliquit, quam ea, de quibus agimus: & sic non est necessaria excussio iuxta gl. in l. fi. gl. magn. in princip. ff. si cert. pet. quam ibi sequitur Bart. nu. 1. vbi eius additio dicit communem, & ad hoc semper allegatur glo. illa secund. Paul. Castrens. vbi nu. 5. est communis secundum Ias. ibi nu. 10. sequitur plures referens Anto. de Fan. de pignor. 8. p. princip. 1. membro. nu. 14. loquens in specie d. auth. hoc si debitor, dicit communem Montalu. in l. 7. tit. 19. lib. 3. for. similis gl. in d. l. decem glos. final. ff. de verb. oblig. est communis vt plures referens dicit Doct. Molin. de Hispan. primogen. lib. 4. c. 8. nu. 39. & ita respondet simili obiectioni Matthæus de Afflict. decis. Neapolit. 318. nu. 3.

SVMMARIA.

1 *Diffamatis ex l. diffamari C. de ingenu. & manumis. competit auxilium in eum effectum vt à iudice cogantur diffamantes intra certum diem actionem vel ius, quod habent, in iudicium deducere, adiecta comminatione de qua hic, requiritur tamen, vt tunc saltem summariè de diffamatione constet, alias iniquissime se habebit iudex vt in nu. 2.*

3 *Remedium l. si contendat, ff. de fideiussor. competit quando principaliter petitur pronunciari super aliqua exceptione competenti ad exclusionem iuris actoris, diffamatio tamen hoc casu non requiritur in nu. 4.*

5 *Remedium d. l. diffamari nedum procedit in diffamatione ingenuorum, sed & in alia cuiuscunque generis.*

6 *Qui vocant in iudicium dicuntur actores.*

7 *Vtentem remedio d. l. diffamari quoàd primam petitionem esse actorem.*

8 *Vtentem remedio d. l. diffamari debere sequi forum diffamantis, sed contrarium verius & receptius vt in nu. 10. cum seq.*

9 *Reductio sententiæ arbitrariæ ad arbitrium boni viri coram quo iudice petenda sit? & nu. 24.*

11 *Causa naturalis potius attendenda est, quam accidentalis.*

12 *Inspecta causa originis diffamatus dicitur reus.*

13 *Ad iudicandum, quem esse actorem vel reum, quid sit attendendum, vel non?*

14 *Vbi quis potest ponere exceptiones ibi potest intentare actionem.*

15 *Libertus prouocans ad iudicium an dicatur actor vel reus?*

16 *In casu d. l. diffamari limitatur regula l. vnic. C. vt nemo inuit. ager. vel accus.*

17 *Ordinarius iudex dicitur, qui est iudex conuenti, & sic sub quo reus sortitur forum vel ratione personæ, vel ipsius rei de qua quæritur.*

18 *Remedium d. l. diffamari potest intentari sine scrupulo coram iudice diffamati, si res, super quibus diffamans iactauit se ius habere, sint in ditione iudicis diffamati.*

19 *Diffamans dicitur primum, qui ad iudicium vocauit cum diffamare sit ad iudicium prouocare.*

20 *Diffamatus licet respectu prouocationis certo modo dicatur actor, id tamen est large & impropriè, nec cõsiderabile, sicut ille, qui excipit dicitur large agere.*

21 *Reus licet efficiatur actor per accidens, vt quia prius comparet & petit actori perpetuum silentium imponi, non propterea efficitur actor, sed habet prærogatiuas rei.*

22 *An quis dicatur actor vel reus cognoscitur ex actis successiuis & perseuerantia in iudicio.*

23 *Dispositio d. l. si contendat. ff. de fideiuss. locum habet in quocunque reo habente exceptiones peremptorias.*

CONSILIVM. LI.



Ite vertente super remedio. l. diffamari, C. de ingen. & manum. & l. si contendas, ff. de fideiuss. coram quo iudice proponendum sit, an coram iudice diffamantis, vel diffamati, illa in primis præ oculis habenda est differẽtia inter præd. ll. quod ex d. l. diffamari, & l. 46. tit. 2. part. 3. competit † auxilium diffamatis in eum effectum, vt à iudice cogantur diffamantes intra certum diem actionem, vel ius, quod habent, in iudicium deducere adiecta comminatione, & ea postmodum executioni tradita perpetui silentij imponendi, nisi intra præfinitum diem egerint, quod ibi expresse notant Alberic. Salicet. & Fulgos. atque Bald. nu. 16. Innocent. & cæteri in cap. cõquerente de offic. ordin. Anton. & Felin. nu. 16. in cap. accepimus de fid. instrumen. per text. ibi, idem probatur in cap. vltim. qui mat. accus. poss. & ibi gl. etiam communiter recepta in l. 1. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cum

eius. cogatur secund. Couarru. lib. 1. varia. resolut. c. 18. in prin. vbi alios allegat, & nu. 2. in ver. illud
3 fine. & nu. 3. plures referens; quod † requiritur vt prius saltem summarie de diffamatione constet, & iniquissime agere iudicem, qui hanc monitionem, comminationemque indixerit futuro actori nisi prius de præd. diffamatione constiterit. Sed
6 † ex d. l. si contendat, remedium competit quando principaliter petitur pronũtiari super aliqua exceptione competenti ipsi reo ad exclusionem iuris actoris, & illum liberum esse ab ea actione, quę in ipsum idem Titio competierat, aut competere aliquo modo videatur, vt constat ex d. l. si contendat. vbi gl. communi omnium consensu approbata secund. Ant. Gome. 3. tom. var. resol. c. 1. nu. 20. glo. etiam in l. Aurelius, §. centum, ff. de libe. lega. textetiam in l. si pater, C. quibon. ced. poss. Abba. col. 2. Fel. col. 1. c. siquis contra clericum, de foro compet. est communis opinio vt alios referens testatur Doct. Couar. vbi sup. nu. 3. vbi quod ad hoc vltimum remedium proponendum ex d. l. si con-
4 tendat, diffamatio † non requiritur, & vsu aduocatorum obtentum esse, vt hæc duo simul remedia misceãtur ad faciliorem causæ & litis expeditionem: eãdem sequitur, probat, & dicit communem cum Couarru. vbi sup. Doct. Mol. lib. 3. de Hispa. primogen. c. 18. nu. 3. t. ego vero, etsi sæpissime remedium d. l. diffamari. in praxi deduxerim atque deductum ab alijs viderim, nusquam tamen cumulari hæc duo remedia vidi, quod meminerim.
5 Et † procedit d. l. diffamari nedum in diffamatione ingenuorum in qua vere loquitur, propter frequẽtiam tunc temporis causarum libertorum & ingenuorum, sed etiam in diffamatione cuiuscunq; generis, vt latissime probat Doct. Mol. vbi supra nu. 24. cum sequen. cum communi & verio ri intellectu, quem hucusque secundum eum communis practica probauit aduersus Sarmien. lib. 1. select. inteeptet. c. 2. nu. 11. cum præceden. & sequentibus, qui valde conquerebatur de iurisconsultis, quod legem illam hucusque malè fuerint interpretati: & probatur hic cõmunis intellectus in d. l. 46. ibi. *Ca en tales cosas como esta, o en otras cosas semejantes, &c.* & ibi Greg. Lop. in gl. *alguno*, ad fin. sic intelligit atque declarat. & inquit Ant. Gomez in 3. tom. var. c. 1. nu. 18. cum sequen. eam l. habere locum in quacunque alia causa ciuili pro fectus hanc esse communem opin. allegans plures DD. eam tenentes & quod sic est intelligenda præd. l. partitæ.

Hoc sic præhabito, accedendo ad difficultatem super qua lis vertitur, hoc est super d. declinatoria: Prima facie videtur dicendum remedium d. l. diffamari coram iudice diffamantis necessariò proponendum esse, non vero coram iudice diffamati, sicque declinatoriam à diffamante oppositam iuridicam esse ex regula illa generali, quæ ha
6 bet, † quod illi, qui prouocant ad iudicium dicuntur actores, vt in l. in tribus, ff. de iudic. l. forus, §. accusator de verb. signifi. Batt. in l. libertus in 1. & 2. lectu. ff. de in ius voc. Dec. consi 45. nu. 2. sed actor debet sequi forum rei, vt in c. si clericus laicum, & in c. cum sit generale de for. compet. & in l. 2. C. de iurisd. omn. iud. ergo, &c.

7 Secundò † quoniam etsi in causa principali si diffamans compareat & in iudicio deducat ius suum, iudex diffamati videatur competens, quia tunc ipse est originarius reus; nihilominus tamẽ saltem quoad hoc iudicium præparatorium d. l. diffamari, vt assignetur terminus, intra quẽ actor ius suum deducat sub impositione perpetui silentij, diffamantis iudex competens esse videtur, nõ vero diffamati: negari enim non potest quin tunc quoad hoc ad minus diffamatus prouocans in iudicin diffamantem actor sit, non vero reus, vti ex Bart. deducitur in d. l. si libertus, quem cæteri se-
8 quuntur, maxime Pau. Cast. secund. Couarru. vbi sup. nu. 4. Inquit † enim Bar. vtentem remedio d. l. diffamari. quoad primam petitionem actorem esse, ac ideo oportere vt tunc libertus veniam pe tat à suo patrono in hoc conuentu; tametsi quoad reliqua vere reus sit: & in terminis hanc opinionum probauit Pau. Cast. in l. in criminali, col. 2. in ver. sed quæro extra gl. num. 3. C. de iurisd. omn. iud. Dec. consi. 686. in fin. idem Dec. in c. cum in ter. nu. 14. de exceptio. Parisien. in c. in præsentia nu. 19. de probat. Rip. lib. 1. respon. c. 8. nu. 7. vers. 4. negatur: & secundum hanc opinionem fuit decisum in consi. Neapol. secund. Matth. de Afflict. decis. 268.

Neque secundum ens obstant DD. relati per Cagnol. in repet. d. l. diffamari, nu. 9. & per Natt. in clemen. sæpe. de re iudic. qui videtur tenuisse contrariũ, quia loquuntur in terminis d. l. si contendat, vbi ipse reus confitetur ius actoris; opponit tamen exceptionem excludentem dictum ius, argumento doctrin. Bar. in l. si societatem, § arbi-
9 trorum, nu. 19. ff. pro soc. dum inquit † condemnatum ab arbitris volentem reductionem ad arbitrium boni viri petere, id debere petere à iudice, qui de causa principali ordinario iure cogniturus esset, si compromissum factum non fuisset, eoque casu nullam actori fieri iniuriam, siue iniustitiam; quia illæ exceptiones reo competentes essent omnino coram iudice rei tractandæ, quo ea su nullum præiudicium considerari potest, quia reus ipse debitum confitetur; quod si non confiteretur, nulli dubium est, quin per creditorem peti deberet coram iudice rei: quare cum actor releuetur ab onere probandi suum creditum ex confessione creditoris, conueniens est vt in alio grauetur, nempe vt compareat coram iudice rei: quam doctrinam Bart. sequuntur Abb. & DD. & per tex. ibi in capit. exposita. de arbitr. estque communis & in praxi recepta, vt eum Molin. & alijs eam secutus testatur Doct. Couarru. d. c. 18. nu. 5. ver. adducitur his omissis, &c. & lib. 2. variar. resolut. ca. 12. nu. 1. Sed in casu d. l. diffamari, is, qui eius remedium intentat, non fatetur debitum nec nititur iuri suo; sed tantũ se fundat super iure actoris secundum gl. & Bald. ibi: ergo non potest trahere diffamantem coram iudice suo: præfati igi-

tur Docto. non bene citantur per Cagnol. vbi sup.
pro contraria parte, quandoquidem loquuntur in
terminis d. l. si contendat: non vero in specie d. l.
diffamari. Quinimo & in terminis dictæ doctrinæ
Bart. modo citati reductio petenda est apud iudi-
cem illius, contra quem petitur argumento text.
in l. 2. C. vbi & apud quem: quo in loco Bar. Ang.
Salicet. & Paul. Castren. idem censentur tenere,
dum ad hanc quæstionem illius constitutionis de-
cisionem inducunt; & in terminis idem probauit
Federic. de Senis consi. 285. Imo. in c. Quintaual-
lis. de iureiurand. & Collectar. in ca. cum dilectus.
in fi. de arbit. prout eos refert vltimo loco, ac pro-
inde eum eisdem videtur transire Doct. Couarru.
lib. 2. variar. resol. c. 12. num. 1. in ver. contrariam
sententiam: & præterea, quia qui petit reductio-
nem, etsi alioqui esset futurus reus, in hoc tamen
iudicio actor est, & rescissioné iudicij petit, ideo-
que eam petere debet apud iudicem illius, qui in
hac reductionis quæstione vere reus est, vt constat
ex d. l. 2. vbi si de repetendis his, quæ ex vi transa-
ctionis tradita sunt, agatur per restitutionem in
integrum, vel quamcunque aliam causam, coram
iudice conuenti agendum est: hæc sunt, quæ pro
parte hac adducimus.

10 Nihilominus † his non obstantibus contraria
sententia in terminis etiam dict. l. diffamari, ne-
dum in specie dict. l. si contendat verior est, com-
munis atque magis recepta, ac proinde tenenda;
nempe hanc controuersiam tractandam esse co-
ram eo iudice, qui competens esset, si actione vsus
diffamator velit diffamatum conueniri, cum atten
ta origine & naturali ipsius causæ conditione, is,
qui modo litem incipit, vere reus sit, argumento l.
11 qui habent, ff. de tutel. vbi † potius attendenda
est naturalis causa, quam accidentalis, per quem
text. hæc est communis opinio vt plures allegans
testatur Anto. Gom. in l. 45. Taur. nu. 105. & inspe
12 cta † causa originis diffamatus dicitur reus secun
dum Alex. consi. 103. vol. 5. quem refert & sequi-
tur Aymon Crauet. consi. 182. nu. 2. dicens, quod
13 † ad iudicandum aliquem esse actorem, vel reum
non est attendendum quod quis fuerit vocatus in
iudicium, sed attendenda est eius petitio & origi-
naria causa, quod etiam sequitur expresse decis.
Pedemonta. 150. nu. 4. in fin. & nu. 5. in princ. Se-
14 cundo † eadem sententia probatur ex Doct. Ant.
de Butrio & Abba. in c. siquis contra clericum in
lectu. & in repeti. nu. 2. de for. competen. tenentiũ,
quod vbi quis potest ponere exceptiones, ibi po-
test intentare actionem.

15 Tertio † facit doctr. Bart. in dict. l. libertus, ff.
de in ius vocand. vbi voluit quod licet quoad pro-
positum edicti de in ius vocando libertus, qui pro-
uocauit, dicatur fungi partibus actoris, & ideo ve
niam petere debeat, quoad alia tamen dicitur par
tes rei sustinere, quamuis voluntarij: cuius Do-
ctrina in hoc communiter est approbata, vt con-
stat ex D. Couar. d. ca. 18. nu. 4. si igitur quo ad re-
liqua est reus, coram suo iudice, non vero coram
iudice actoris præd. remedium intentare debet.

16 Quarto † pro hac parte est gl. optima in dict. l.
vnic. verb. inuitus, vers. sed solet quæri, ibi, magis
tamen puto, C. vt nemo inuitus ager, vel actus co-
gatur, communiter ibi per Docto. approbata vt te-
statur Octauian. dict. decis. 150. num. 5. & est sin-
gularis, & ordinaria secund. Anto. Gom. in 3. tom.
var. resol. cap. de delict. nu. 23. col. 2. quæ glo. limi-
tat regulam eiusdem l. in specie d. l. diffamari. Si
ergo citatus in casu dict. l. cogitur agere vt ibidem
probatur cum communi, consequitur, eum dici
debere actorem, & sequi forum rei ex præd. regu-
la generali, quam supra adduximus, & ita Bald. in
dict. l. diffamari, appellat diffamatum reum, & dif-
famantem actoré & respondet ad l. puræ, ff. de ex-
cep. dol. mal. & ad regulam, d. l. vnic. C. vt nemo
inuit. &c. vt ibi per eum.

Quo fit vt merito hanc secundam sententiam
in terminis, dict. l. diffamari probarint Bald. ibi
col. 2. & fin. num. 6. & 9. Abb. in d. cap. siquis con-
tra clericum num. 2. in versi. & hoc puto procede-
re, & ibi Barba. num. 6. idem Abb. in cap. ex parte
nu. 5. de restitut. spoliat. Anton. de Butrio in d. c.
si clericus laicum & in cap. quinta vallis, col. ante
penul. de iure iur. post Fed. de Senis, quos refert
& sequitur Alex. in dict. consi. 103. Marian. Soc.
in cap. cum sit generale, col. 2. de foro competent.
Roman. cons. 412. Bart. Soc. cons. 94. lib. 3. nu. 1.
& 6. Natta. in repet. d. Clement. sæpe in princ. in
vers. quis autem erit iudex. de verb. significa. Go
mezius in §. præiudiciales col. fi. circa fi. instit. de
actionib. Capitius decis. 18. & Boerius, si recte in-
spiciatur, decisio 255. nu. 7. & hanc testatur com-
munem Cagnolus in d. l. diffamari, vbi late agit,
prout refert decis. Pedemontan. vbi supra d. nu. 4.
qui etiam eam sequitur tanquam communem &
magis communé affirmans in fine decisionis quod
sic censuit senatus; eandem sequitur opinatus eam
esse magis communem D. Couar. vbi supra d. cap.
18. nu. 5. circa fin. contra Paul. de Castr. & Matt.
de Afflict. vbi supra: dicit etiam communem Greg.
Lopez in l. 46. tit. 2. part. 3. in gl. *al juez del logar*, &
in fine gl. inquit videri hoc posse fundari ex ea l.
ibi, *puede yr al juez del logar*, quia sic sentit de iudi-
17 ce rei diffamati: ordinarius † etenim iudex dici-
tur, qui est iudex rei conuenti, & sic sub quo reus
sortitur forum, vel ratione personæ, vel ratione
ipsius rei, de qua quæritur iuxta gl. verb. termine-
tur, & ibi Aluarot. in cap. 1. §. fi. de prohibit. feud.
alien. per Federic. omnes in l. fi. ff. de iurisdictione
omnium iudicum. Menoch. in respons. 11. causæ.
Finariens. nu. 25. & iterum in 2. respons. nu. 41. &
procedit præd. communis sententia sine scrupulo,
si res super quibus diffamans iactauit se ius habe-
re, sint in ditione iudicis diffamati, iuxta l. fin. &
ibi Doctn. C. vbi in rem act. cum simil. tradit post
alios decisio Pedem. vbi supra, num. 12. Non ob-
stant modo adducta supra fundamenta pro prio-
ri parte: & non quidem primum, quod habet, il-
lum, qui primo prouocauit, haberi loco actoris:
nam respondeo, dictam regulam non habere lo-
cum in casu d. l. diffamari, iuxta glo. communiter
appro-

approbatam, vt prædiximus in d.l. vnica, C. vt nemo inuit. &c. ex rationibus, de quibus supra. Se-
19 cundo † respondeo diffamantem dici primum, qui ad iudicium vocauit: cum diffamare sit ad iudicium prouocare secundum Bald. in dicta l. diffamari columna 2. quem sequitur Ioannes Andreas, ibi in addi. & alios referens Octauian. qui supra num. 8. vbi etiam ex Anania quod diffamatus dicitur stimulari, & impelli per diffamationē.
20 Tertio † respondeo quod licet diffamatus respectu prouocationis certo modo dicatur actor, id tamen large & improprie est, nec considerabile: quia ille, qui excipit dicitur agere, licet large & improprie vt in l. 1. ff. de excep. Batto. in l. 1. in principio, C. de iur. & fact. ignoran. id quod late probat Octauian. vbi supra, nu. 9. alios allegans, vnde Decius in l. fauorabiliores num. 2. ff. de regulis iuris, in-
21 quit quod † licet reus efficiatur actor per accidens, vt quia prius comparet, & petit actori perpetuum silentium imponi; non propterea efficitur actor, sed habet prærogatiuas rei, quem sequitur Aymon Craueta d. consi. 182. num. 2. & 3. addens
22 † quod an quis dicatur actor vel reus, cognoscitur ex actibus successiuis, & perseuerantia in iudicio, quod sequitur Octauian. d. nu. 9. circa fin.

Non obstat & secundum fundamentum contrariæ partis, quoniam accessorium sequitur naturam sui principalis, vt in regula iuris; & ideo iudex causæ principalis erit etiam competens & accessoriæ: & præterea iudex causæ præparatæ est competens præparatoriæ, vt videmus in actione ad exhibendū & similibus; & ideo iudex exceptionis causæ principalis erit etiam competens, vt ob causam diffamationis compellat diffamantem sub impositione perpetui silentij, vt intra certū terminum, quem ei assignauerit, ius suum, vel electionem, quam habet in iudicio, coram se proponat atque intentet, vt in casu dict. l. diffamari. Non etiam obest ratio differentiæ, quam supra considerauimus, pro priori parte inter dict. l. si contendat. & d. l. diffamari; hæc siquidem ratio concludens minime est: quia licet in casu d. l. si contendat, fideiussor eo ipso quod exceptionem proponit, tacite videatur confiteri debitum, ne conue-
23 niatur in solidum, sed vt fiat diuisio inter alios fideiussores, non tamen ex hoc negatur, quin† dispositio d. l. si cōtendat, locum habeat in quocunque reo, habente exceptiones peremptorias, secund. Alex. ibi. Abb. in d. c. si quis cōtra clericum, in 1. notab. & alios plures citatos per Cagnol. in d. l. diffamari. col. 2. vers. sexto amplia. & sequitur decis. Pedemon. vbi sup. nu. 10. & tamen regulariter excipiens non videtur confiteri intentionem aduersarij, vt in reg. exceptionem obijciēs, de reg. iur. in 6. cum simil.

Non etiam obest, quod prædiximus ex opinione quorundam, reductionem sententiæ arbitrariæ petendam esse coram iudice illius, contra quem
24 petitur: contrarium † siquidem ex supradictis verius apparet, quod tenet expresse Bartol. sequitur decis. Pedemon. vbi sup. nu. 5. & 11. quo fit, vt falitem in contraria opinione, firmum fundamentū fieri nō valeat, contra magis communem nostram sententiam.

SVMMARIA.

1 *Pendente causa suspicionis propositæ, & contra tutorem, vel curatorem, debet ei interim administratio interdici, & alius in locum eius in administratione rerum ordinari.*

4 *Fallit si tutor sit coniuncta persona, & ideo non remouendus, non enim tunc interdicitur sibi lite pendente administratio, sed alius adiungitur eidem, qui coadiutor appellatur, & ambo administrant, vt in nu. 3. & 4.*

5 *Mater per transitum ad secundas nuptias amittit tutelam filiorum suorum ex ratione, de qua hic.*

6 *Mater etiam in testamento non potest dare tutorem filijs suis, quia eos non habet in potestate.*

7 *Mater transiens ad secundas nuptias, tenetur prius petere tutorem filijs suis, rationemque tutelæ reddere, & quod ex ea debuerit persoluere: quod nedum procedit in tutela matris legitima, sed etiam in testamentaria.*

9 *Mater si antequam nubat petat tutorē dari filijs suis, est locus tutori datiuo: si vero contrahat secundas nuptias tutore non petito, tutela defertur ad legitimum, vt in nu. 10. sicut quando mater nunquam fuit tutrix, & volens transire ad secundas nuptias petit tutorem filijs dari, vt in nu. 11.*

12 *Mater in 1. casu supra posito non desinit esse tutrix ipso iure, priusquam tutor detur; in 2. vero secus est ex ratione differentiæ, de qua hic, & nu. 13.*

13 *Mater si vadat ad iudicem, dicens se velle nubere, & ideo petit tutorē filijs dari, an possit postea pœnitere?*

14 *Mater luxuriando amittit tutelam filiorum per transitum ad secunda vota.*

15 *Mater contrahens sponsalia, licet non possit tutelam filiorum petere, habitam tamen non amittit.*

16 *Mater contractis sponsalibus & matrimonio, nondum tamen traductione facta, tutelam non amittit, nisi matrimonium fuerit consummatum ante traductionē.*

18 *Mater antequam nubat vadens ad iudicem, & petens tutorem filijs dari, potest eum nominare, & an iudex tunc teneatur præcise nominatum a matre decernere?*

18 *Iudex diligenter hoc casu inquirere debet, quem tutorem det, & bene faciet si citauerit agnatos, aut cognatos, vel etiā amicos pupilli, vt ab illis se informet.*

19 *Tutorem a matre nominatum esse eum inquisitione dandum, alioqui legitimus ei præfertur, & quando dicatur dari per inquisitionem, & quando perfunctoriè.*

20 *Pater & frater matris transeuntis ad secundas nuptias ab ea nominati, an sint suspecti?*

21 *Mater an possit nominare coadiutorem tutori suspecto filij sui?*

22 *Vitricus potest esse tutor priuigni, licet apud eum ali non possit: sed contrarium resoluitur, nisi de consensu parentum.*

23 *Idem esse appellatum existere, vel esse intra terminū datum*

datum ad appellandum.

24 *Appellari potest à sententia interloquutoria, habente vim diffinitiuæ.*

25 *Appellari potest à sententia interloquutoria, continente grauamen irreparabile per appellationem à diffinitiua,*

26 *Appellatio licita est, etiam in casibus prohibitis, vbi in ea exprimuntur iustæ causæ grauaminis.*

27 *Decisio casus in regio Prętorio Vallisoletano.*

CONSILIVM LII.



Ater quædam postquam transiuit ad secundas nuptias, accusauit tutorem filij sui minoris prioris matrimonij de suspecto ob certas causas; iudex autem interim præcepit eidem tutori coadiutorem præstari, quem mater minoris nominaret, & ipsa non obstante appellatione tutoris, nominauit statim in coadiutorem virum suũ, & sic vitricum minoris, cui iudex decreuit officiũ coadiutoris: quæsitũ fuit a me, an iuste fuerit pronuntiatum, atque exequutum? Respondi secundum ea, quæ proponerentur iudicem rectè pronuntiasse, dum præcepit coadiutorem esse tutori suspecto durãte accusatione præstandum; non tamen debuisse sic simpliciter & indistinctè nominationẽ coadiutoris pupilli matri reseruare, sed arbitrio sibi relicto approbandi, vel non, illum quem ipsa nominauerit, prout expediens fuerit pupillo; matrem autem ipsam, minime in coadiutorem potuisse virum suum nominasse, iudicemque perperam fecisse, decernendo officium & administrationẽ eidem, ac proinde omnia innouata intra terminum in quo potuit appellari, ac ipsa appellatione pendente esse attentata, reponenda, & renouanda ex sequentibus.

1 Quoad † primum, quoniam etsi pendente causa suspicionis propositæ contra tutorem, vel curatorem, debeat eidem per iudicem administratio interdici, & alius in locũ eius pro administratione rerum ordinari, vt in l. quòd si forte, §. 1. ff. de solut. & in l. eum quem, C. de suspect. tut. l. 3.
2 tit. 18. pat. 6. tamen † si tutor sit coniuncta persona, & ideo non remouendus, non interdicitur sibi lite pendente administratio: sed alius adiungitur eidem, qui coadiutor appellatur, secund. Bart. in d. l. quòd ipsi forte, §. 1. nu. 5. & quamuis Ang.
3 ibidem teneat, † quòd ante litem contestatam super suspicione tutor debeat administrare, sed post litem contestatam minime possit, per dictum singulare Azonis, in summa de suspect. tutor. quã opinionẽ formauit Io. de Imol. in d. §. 1. & Ange. Aret. in d. §. si quis autem, instit. de suspect. tutor. secundum quam opinionem fuisset iudicandum per Consilium Neapol. nisi mater tutrix ante litem contestatã transisset ad secunda vota, & quia desinit esse tutrix, & ipsamet reliquit tutelam, secund. Matth. de Afflict. decis. Neapol. 357. nu. 6. Verior tamen mihi videtur opinio Bart. vbi sup. quòd in specie præd. detur tutori, vel curatori suspecto adiunctus, & ambo administrent: nec pro Ang. facit d. l. eum quem. in ver. alius tamen, & d. l. 3. tit. 18. par. 6 ibi: *Otro si dezimos*, dum probat, quòd lite contestata super accusatione suspecti, iudex debet alteri interim concedere administrationem personæ, & bonorum minoris in locum prioris, *en fieldad, etc.* id enim procedit in illis tutoribus, & curatoribus suspectis, qui remoueri in locum possunt: secus in illis, qui propter sanguinis coniunctionem remoueri in totum non possunt, vt in l. si tutor aliquo, ff. de suspect. tut. qui est tex. expressus, per quẽ ita tenet Bar. in d. l. qd si forte, n. 5. addit Sal. in d. l. eũ quẽ, & forte nõ male secun-
dum Greg. Lop. † in d. l. 3. tit. 18. par. 6. in gl. *es acusado* ibi Salic. tamen; quòd etiam huiusmodi tutori, vel curatori sit interdicta administratio, eo ipso quod postulatur suspectus vsq; in id tempus quo sibi curator adiungitur, & tunc poterit cum adiuncto administrare, etiam pendente processu: & inquit Greg. Lop. vbi supra, se vidisse de facto pendente accusatione suspecti contra matrẽ associari per iudicem causæ, pendente lite, quendã iudicẽ in partibus ad administrationẽ: & ita ex sup. dictis resoluò hmói tutori de suspecto accusato potuisse de iure dari coadiutorẽ interim lite pendente, non tamen in totum ipsum remoueri, quia est coniuncta persona pupilli: in eo tamen, quod Salic. voluit, nempe quòd huiusmodi tutor eo ipso quòd postulatur suspectus, sit prohibitus administrare antequam sibi alius adiungatur, existimo contrarium verius esse & tenendũ cũ Bart. vbi supra, quem sequi videtur Steph. Aufrer. in addit. ad decision. capel. Tolos. 370. ibi, & in eo quod Bart. vsque in finem additionis: non enim inuenio quod ipso iure ei sit interdicta administratio, interim quod lis suspecti vertitur: sed tantum quod iudex, corã quo causa vertitur, debeat eam sibi interdicere, vt est tex. expressus in d. l. eum quem & in d. l. 3, tit. 18, par. 6.

5 Quo † ad secundum videtur iudicem minime potuisse hanc nominationem coadiutoris matri deferre. Primo, quoniam mater per transitum ad secundas nuptias, amittit tutelam filiorum suorum, vt in auth. sacramentum & ibi DD. & in corpore vnde sumitur, C. quãd. mul. tute. officio fung. pos. & in l. 4. tit. 16. par. 6. & ibi Greg. Lop. & reddit ea lex rationem; *Porque podria acaescer que por el gran amor que auria a su marido que tomasse de nueuo, no guardaria tambien las personas, ni los bienes de los moços, e faria alguna cosa que se tornaria en gran daño dellos* idem probat. l. 19. eodem tit. circa fi. ibi: *mas luego que casaren deuen sacar el huerfano de su poder, por que dixeron los Sabios, que la muger suele amar tanto al nueuo marido, que no tan solamente le daria los bienes de sus hijos, mas aun que consintiria en la muerte dellos, por fazer plazer a su marido.* Magis enim pręsumitur tunc ardere amore ad secundum virum, quam ad filios, l. neque tutores, C. de administrat. tut. si igitur mater transeundo ad secundas nuptias, amittit tutelam filiorum, & amplius nõ potest esse eorum tutrix, vt in dictis legibus,

bus, eadem ratione non debet posse nominare tu-
torem eidem, nec alium loco sui ita suspectum si-
cut se ipsam constituere, in quo militet eadem ra-
tio prohibitionis, vti esset maritus eius, quem in
pręsenti specie mater nominauit in coadiutorem:
si enim mater propter nouum maritum tutelam
amittit, à fortiori maritus eiusdem tutor minoris
esse non poterit, nec coadiutor tutoris ipsius.

6 Secundo, † quia etiam in testamento, qui est
actus fauorabilior, non licet matri tutorem dare
filijs suis, quia eos non habet in potestate, vt in §.
fœminæ de adop. & qui nõ habet filios in potesta-
te, non potest eis tutorem in testamento relinque-
re l. 1. ff. de testamento tut. & in §. permissum, in-
stitu. de tutel. l. 3. tit. 13. par. 6. & procedit etiam si
filium instituat hæredem, nisi iudex confirmet tu-
torem, vt in l. 6. tit. 16. par. 6. & ibi Gregor. Lop.
ergo à fortiori non poterit nominare certum tu-
torem filijs inter viuos, præ maxime quando tran-
siuit ad secundas nuptias: matris enim officium
non est sufficiens ad petendum tutorem filijs, vt
in l. credendum in fine. ff. qui pet. tut. sicut ergo
mater, quæ transiuit ad secunda vota, tutorẽ filijs
dare nõ potest, vt in præd. iuribus, nec etiam coad-
iutorem tutori filiorum suspecto nominare po-
terit eadem ratione, cum tutoris officium, & coa-
diutoris sit idem:

7 Nec † obstat quod mater volens transire ad se-
cundas nuptias, potest ac tenetur tutorem prius
petere filijs suis, rationemque tutelæ reddere, &
quod ratione tutelæ à se gestæ debuerit persolue-
re, aliàs si pupillus, vel pupilla decesserit infra
pupillarem ætatem priuabitur eius hæreditate &
successione, vt in l. omnem C. ad Senat. consult.
Tertull. & in auth. de nupt. §. si autem colla. 4.
8 quòd procedit † nedũ in tutela matris legitima,
sed etiam in testamentaria, iuxta gl. in d. l. omnem
in verb. persoluerit, in ver. sed Ioannes, quam se-
quuntur ibi communiter DD. eamque testatur
magis communẽ Boer. decis. 124. nu. 12. & decis.
266. col. 2. nu. 4. & Anto. Gomez in l. 14. Taur. nu.
11. vbi quod est tenẽda in iudicando & consulen-
do, & Tellus Fern. in l. 60. Taur. nu. 30. & 31. se-
quitur Gregor. Lop. in l. 5. in gl. *sacar los moços* tit.
9 16. par. 6. Quia † respondeo hac in specie locum
esse tutori datiuo, si mulier antequam nubat va-
dat ad iudicem & dicat: Ego intendo transire ad
secunda vota, detis tutorem filio meo, & ita loqui
tur, & in hoc casu procedit gl. in d. auth. sacramen
tum. verb. à tutela, quam ibi sequuntur Cynus, Fa-
ber, & Angel. & post longam disputationem Sa-
lic. dicens opinionem d. gl. stante tacito dubio in
iudicijs & in scholijs sequendam esse, & inquit
eam esse communem Alberic. ibi. atque Greg. Lo-
10 pez in l. 5. in glo. *al mas cercano.* tit. 16. par. 6. † Si
vero mater nõ curauit de iudice, nec de filijs, sed
simpliciter ad secunda vota trãsiuit, tunc ipso iu-
re cessat esse tutrix, & tutela defertur ad legitimũ,
vt in d. l. si quis sub conditione, & in iuribus supra
allegatis: & præterea in d. l. 5. in prin. & ita proce-
dit opinio contraria Alber. Salic. Iacob. Butric.
Raynerij, & aliorum antiquorum, prout has opi-
niones concordat Bart. in d. auth. sacramentum.
& in d. l. si quis sub conditione, num. 27. addens
11 † alium casum, quo tutela etiam defertur legiti-
mis, nempe quando mater nunquam assumpsit
tutelam, & vadit ad iudicem, & dicit, nolo esse tu-
trix, sed peto dari tutorem filio meo, vt in l. 2. ff.
qui pet. tut. quã distinctionem Bart. sequitur Ant.
Gomez. in d. l. 14. Taur. nu. 12. & Menoch. de ar-
bitr. iudic. lib. 2. centu. 2. casu 151. num. 5. & 6. &
12 Greg. Lop. in l. 5. in glo. *al mas cercano.* sic † intel-
ligens eam l. & reddens rationem, quia in primo
casu mater non desinit esse tutrix ipso iure, prius-
quam alius tutor detur. durat enim factum iudicis
in ea reuocanda, & ideo durant reliquiæ prioris
tutelæ, & sic quandiu ipsa est tutrix non est locus
legitimo, nec postea: quia iste, qui datur, subroga-
tur loco matris, quæ alios legitimos excludit, iux-
ta text. cum gl. in l. pen. C. in quibus caus. pign. ta-
cite contrahat. in 2. vero casu desinit esse tutrix
ipso iure suo proprio facto absque iudice, & ideo
tutela pertinet ad legitimos, non vero ad datiuos.
Si igitur in primo casu locus est tutori datiuo,
quem iudex dare debet, & in 2. legitimo, mater
eum in neutro casu potest nominare.

13 Sed † contra id, quod diximus, matrem nõ de-
sinere esse tutricem ipso iure, cum vadit ad iudi-
cem, & dicit se intendere transire ad secundas nu-
ptias, & ideo petit filio suo tutorẽ dari, tenet Bart.
in d. l. si quis sub conditione, nu. 27. duobus fun-
damentis. Primo, quia ab initio non daretur tu-
trix, nisi renuntiaret secundis nuptijs, vt in d. au-
then. matri & auiæ, C. quando mul. tutor. officio
fung. poss. & l. 4. titul. 16. part. 6. & sic statim cum
superuenit animus nubendi incipit esse suspicio:
ergo desinit esse tutrix. Secundo, quia sufficit di-
cere quòd intendit nubere, licet postea nõ nubat:
vnde ex hoc putat Bart. idem esse in sponsalibus,
vt eis contractis statim desinat esse tutrix, vt in au-
then. de nupt. §. si autem tutelam, ibi, & volenti ad
nuptias venire, quam Barto. opinionem sequitur
Bal. in d. l. omnem, nu. 2. nisi simulate mater dixis-
set se velle transire ad secundas nuptias: sequitur
etiam Lucas de Pena in l. mulieres. 1. col. C. de in-
colis, lib. 10. allegat alios Dec. in c. ex parte, nu. 6.
de appellat. in 1. dicto.

Sed nihilominus tenendum est in hoc, quod prę
diximus contra Bart. contra quem tenet Salic. in
auth. sacramentũ, circ. fin. nu. 3. & 4. cuius opinio
videtur iusta Mattheo de Affli. (nempe vt habeat
locum hoc casu pœnitentia) in constit. reg. Siciliæ,
lib. 3. verb. honorem, & in eandem sententiam in-
clinauit Senatus Neapol. secundum eundem Matt.
de Afflict. decis. 357. nu. 4. & eam sequitur aduer-
sus Bart. & alios, quos refert Boer. d. decis. 266. nu.
4. vbi allegat Sylu. nupt. idem tenentem, in vers.
ampliat. 1. nu. 50. sequitur etiam Greg. Lop. in d.
l. 5. in gl. 1. in vers. vnde licet. & Menoch. vbi supra
nu. 7. post Gozad. cons. 54. nu. 8. & Tiraque. de ces
sar. caus. limit. 12. nu. 10. quos refert: quæ profe-
cto sententia verior est meo iudicio, tum ex supra
dictis

dictis,tũ etiam & perèptorie, quia tam leges iuris
cõis,quã d.l.5.regia dicũt & decidunt, quòd con-
tractis secundis nuptijs mater perdit tutelam filio
rum,non vero cum habuerit animum nubendi, &
sic nuptiæ eum effectu sequi debent ad hoc,vt tute
lam perdat: pęnæ namque sunt molliendæ,nõ vero
extendendæ,vt in l.interpretatione, ff.de pœnis &
text. in d, §. si autẽ tutelam,in verbis supra relatis,
ibi & volenti ad nuptias venire, intelligi debet cũ
effectu,id est,si venerit ad nuptias,per supra dicta:
14 luxuriando † tamen bene amittit tutelam mater,
cum eam perdat transeundo ad secunda vota, ita
gl.in d.authen. sacramentum, verb.contractis se-
cundis nuptijs, quam ibi sequuntur DD.& Palat.
Rub. in rep.rubr.§. 67. nu.16.de donat.inter vir.
& vxo.dicit communem plures referens Anton.
Gom.in l.14.Taur.nu.13.vbi dicit approbari in l.
9.tit.16.p.6.ibi, *solò que sea buena mugere de recau-
do:* sequitur Auiles pro æm.CC. præt. num. 41. &
Greg.Lopez in d.l.4.in glos. *madre*, ibi item intel-
lige, & co mmuniter approbatur secundum eun-
dem Greg. Lop. in d.l.5.in glo.1. in fine:vnde re-
ctius Speculat.in titu.de tutor.§.nunc dicendum,
15 nu.3. & 4.tenuit; quod licet † mater contrahens
sponsalia (scilicet de futuro) non possit tutelam pe
tere, habitam tamen non amittit, quem sequitur
Salic.in d.auth. sacramentum,nu.4.vers.quæro an
contractis. Boerius & cæteri supra citati: Greg.Lo
pez in d.l.5.glo.1. in princip. & Menoch.alios al-
legans,vbi supra.nu.7. vbi nu.8.ampliat cum Ro-
man.singul.229. incip.tu habes quod mater, &c.
16 & alijs quos refert,vt mater † contractis sponsa-
libus,& matrimonio,nondum tamen traductione
facta tutelam hanc non amittat, nisi matrimoniũ
fuerit consummatum ante traductionem,secundũ
Boer.d.decis.266.nu.5. & Gozad.cons.18.nu.4.

Superest igitur ea omnibus supra dictis, videri
matrem transeuntem ad secundas nuptias,& à for
tiori,quæ iam ad eas transiuit, minime posse nomi
nare tutorem filijs suis:quia vel nominari, & dari
debet à iudice;vel hoc cõpetit agnatis,iuxta distin-
ctionem supra positam;ergo idem est in nostro ca
su,vt in terminis probare videtur tex.in d.l.si quis
sub conditione,ibi,idem dicimus,vbi expresse de-
ciditur,quod sicut in locum tutoris testamentarij,
cui semel deuoluta fuit tutela, si ab ea excusetur
alius est dandus, non vero ad legitimum tutorem
reditur;ita etiam idem dicendum est,si fuerit remo-
tus,quem tex.ad hoc allegauit gl. in d. authen.sa-
cramentum.verb.à tutela,dicens datiuum esse tu-
torem,qui in locum suspecti & remoti datur,si er-
go est datiuus, mater eum non debet nominare,
17 sed iudex: Nihilominus † tamen in præmissa spe-
cie Bar.in d.auth. sacramentum. nu 4. & in d.l. si
quis sub conditione. nu.29. post Cyn. & alios an
tiquos quos refert, tenet,quod mulier quãdo an-
tequam nubat vadit ad iudicem, & petit tutorem
filijs suis dari,quia nubere intendit,& sic tutor sit
datiuus, possit nominare tutorem dandum filijs
suis,licet iudex non teneatur dare nominatum,ac
petitum à matre,sed quod erit in arbitrio iudicis,
illum dare tutorem, vel non, quem mater nomi-
nauerit, & ita est intelligenda gl. in d.l.si quis sub
conditione,in verb.in ciuitate esse, ibi,sed hodie,
quæ habet, matrem posse petere,quem velit tuto-
rem filijs suis dandum hoc casu:quam Bartoli opi
nionem sequuti sunt Bal. in l.precibus, nu.21.C.
de impub.& alijs subst.& Iacob.de Aret.& Petrus
7.quæst.atque Salic.in fi.in d.auth.sacramentum,
nu 6.dicẽs hoc procedere etiam si nullus resistat
matri: sequitur etiam alios allegans Menochius
vbi sup. nu.2. & hæc est magis communis opinio
secundum Gregorium Lopez in d.l.5.in gl. *al mas
cercano*, ibi, sed an cum mater:quia mater posset
fraudulẽter eligere tertium ad fraudandas ratio-
nes pupilli,atque eius bona dilapidanda,iuxta d.
l.Diuus,§.siquidem,ff.qui pet.tut.
18 Diligenter † ergo inquirere debet iudex,quem
hoc casu tutorem det;& bene, ac prudenter aget,
si agnatos,vel cognatos,aut etiam amicos pupilli
citari faciat, vt ab illis de propositi à muliere tu-
toris,vel alterius cõditione informationes habeat
secundum Salicetum in d.auth.sacramentum, in
fine.quem sequuti sunt Greg.Lop.& Menoch.vbi
supra, nu.3. & si iudex comperiat illum idoneum
esse,quem mater proposuerat, potius eum decer-
nere debet, quam alium quemuis, vt sentit gl. su-
pra dicta,in d.l.si quis sub conditione,quæ hoc ca
su,vt prædiximus,est intelligenda,quam sequitur
Spec.à Salic.relatus.& Deci.cons.674.num.7. di-
19 cens † tutorem istum à matre nominatum esse cũ
inquisitione dandum,alioquin legitimum ei præ-
ferendum esse,quem sequitur Menoch.vbi supra.
nu.4.quod etiam ante eos probat Bald.in d.l.om-
nem,vers.quæro an datiuus,nu.6. dicens secus es-
se si perfunctorie detur: & tunc dari per inquisi-
tionem, quando vocatis vocandis datur: verba e-
nim apposita per tabelliones dicẽtes, quòd iudex
videns,& cognoscens eum idoneum esse, non pro
bant,quòd sit datus ea inquisitione,sed solũ quod
sit idoneus ex aspectu, & quia quilibet præsumi-
tur idoneus ex generali coniectura,quem refert &
sequitur Greg.Lop.in d.glo. *al mas cercano*, dicẽs
esse verba grauia,& singularia.
20 Quo † fit, vt pater & frater matris transeuntis
ad secundas nuptias ab ea nominati sint suspecti
secundum Dec.cons.674.nu.5.6. & 7. tenet idem
Deci.in c.ex parte,nu.6.de appell. sed hoc falsum
esse contendit,atque affirmat Menoch.vbi supra,
nu.4.cui assentio,si ipsi dentur præcedente inquisi
tione:cum enim hi sint legitimi, hoc est, cognati
ipsius pupilli, merito vt à matre nominari possint
in tutores eiusdem minoris; in eis namque cessat
ratio prohibitionis,quæ in ipsa matre militat,nisi
iudex ea inquisitione repererit pupillo non expe-
dire,quia tunc vt communis habet, non tenetur,
nec debet eum dare.
21 Supra † dicta omnia eadem ratione etiam pro-
cedunt in coadiutore dando tutori suspecto: licet
enim prima facie videretur,quòd mater cum sit iã
nupta non possit eum nominare,sicut nec tutorẽ:
attamen quia mater postquam nupta fuit,relicto

tutore

tutore filio suo accusauerit eum de suspecto,& iudex coadiutorem eidem dandum esse decreuerit, merito quòd eadem mater nominare possit præd. coadiutorem licet iudex nō arctetur semper eum admittere, sed tunc demum eum pupillo expedire ex inquisitione arbitratus fuerit,aliàs secus per omnia supra dicta in nominatione tutoris à matre facta,quæ & in coadiutore locū habere videntur ex identitate rationis: & ita resoluo in specie nostra,iudicem rectius fecisse, si in reseruatione, quam fecit in fauorem matris nominandi præd. coadiutorem,adiecisset, dummodo idoneum nominet arbitrio iudicis ordinarij huius ciuitatis.

22 Quoad † tertium,hoc est,nominationē factam à matre in coadiutorē de marito suo,idest, de vitrico minoris:videtur in primis validā esse, quia vt inquit Spec.in tit. de tutor. §.nunc videndum, nu.4.vitricus potest esse tutor priuigni,licet apud eum non possit ali; & in terminis, quòd mater possit vitricum pupilli tutorē nominare, & quòd ad eum inquisitione dari tutor possit per l. vltim. & ibi Bal.C.de contrar. iudic. tut. tenet Menoch. vbi supra allegans Curt.iun.cōs.94.nu.7.& Boer. d.decis.266.nu.3.& idē videtur dicendum in proposito de coadiutore per supradicta.

Sed nihilominus contrariū resoluo,imo, quòd mater prædicta nō potuerit in hac specie nominare maritum suum in coadiutorem tutoris suspecti filij sui, nec eum debuisse iudicem admittere aut decernere, sed omnino excludere:& hoc primò, quia cum mater ipsa amittat tutelam filiorū suorum per transitum ad secunda vota, vt supra probauimus,à fortiori ipsius maritus non poterit esse tutor, nec coadiutor tutoris suspecti eorundem filiorum vxoris suæ:quia propter quod vnū quodq; tale & illud magis, vt in auth.multo magis, C. de sacr.eccl.cum similibus, maiorem enim potestatē habet, vel saltem eandem,quam mater ipsa,maritus ad spoliandum minorem eumque exeoriandū & vitæ eius eredendum est insidiaturum esse. Mater enim licet plus præsumatur amare secundum virum, quam filios,adhuc tamen amat filios tanquam sanguinem proprium;at vero maritus minime, vel saltem non ita æque, quandoquidem sui consanguinei minime sunt,sed tātum vxoris: quāuis igitur propter vxorem eos amet, tamen cum ipsa vxor plus amet, seu amare præsumatur maritū quam filios,potius eredendum est,vt tam ipse maritus quam vxor malint vtilitatem propriam quā filiorum eorundemque priuignorum: eadem igitur ratione prohibitus eēsendus est maritus, sicut mater, accipere tutelā eorūdem,ne quod vna via prohibetur altera permittatur:eum igitur hæc ita se habeant, mater non poterit nominare eundem maritum in tutorē vel coadiutorem tutoris præd. filij sui,nec iudex eum admittere debuit. Secundo quia quoties ratione suspicionis tutoris,alius, vel coadiutor priori est prouidendus, iudex debet prius inquirere de idoneo & conuenienti, vt eum prouideat, qui suspectus non sit, vt in l.1.& ibi Doct. C. qui pet. tut. ergo nec mater potuit maritum suum in coadiutorem nominare,nec cum iudex admittere,cū sit pupillo suspectissimus ratione prædicta;præcipue cum ipsamet mater pro marito fideiusserit coram iudice in eodem officio coadiutoris, ex quo fraus omnino perpenditur matris & mariti atque iudicis, nec non & ipsorū collusio in damnū pupilli: cum tamen ipse iudex dicatur & esse debeat Pater orphanorum & viduarum reipublicæ, & cum deberet ex officio inquirere super idoneitate coadiutoris, citareque agnatos pupilli, nec fecerit, nec facere opus erat, cum nominatus à matre esset notoriè suspectus & a iure improbatus; vnde debuit & tenebatur eum non admittere,sed potius repellere. Tertio quia si in præsenti causa agitur de prouidendo coadiutore idoneo tutori suspecto, vt pupillo prouideatur, quorsum aut quo iure, ratione ve aut causa tam suspectus coadiutor prouideri debuit, qualis est vitricus,in quo eadem suspicio contra pupillum, eiusq; bona, imo maior vt supra probauimus militat & concurrit,quā in ipsamet matre;agimus s. de prouisione pupilli, & ei præiudiciū inferimus? concedimus, quod alia via prohibemus? Profectò leges verbis imponimus & non rebus, si prædicta tolerentur: & in terminis,quòd vitricus non p.s. sit esse tutor priuigni tenet gl.2. in l. 1.C.vbi pupill. educar. debeat:& quod tutela non possit dari vitrico nisi de coosensu parentum tene t Boer. decis.124.num. 12.& 266.num 3.& hoc visus est tenere Menoch.vbi supra in contrarium allegatur, quandoquidem ad id refert Boerium,vltimo loco supra allegatum. Dictum enim doctoris intelligi debet secundum quotam,quam allegat,iuxta doctrinam Bart. communiter approbatam in l. non solum,§.si liberationis verba,nu.7.ff.de lib.leg.cū igitur iudex admiserit in coadiutorem, quem reprobare debuerat tanquam valde suspectum minori atque præiudicialem, non obstante legitima appellatione tutoris eiusdemque pupilli agnati, constat grauasse, tum eundem minorem, tum etiā & ipsius tutorem; ac per consequens legitime ab eo fuisse appellatum, ac omnia pendente sua appellatione gesta esse attentata,ac proinde nulla & reuocanda vt in l. 1.ff.nihil nou.appell.pend.cum similib.

23 Imo † non solum gesta post appellationem,sed etiam intra terminum in quo potuit appellari, vt est tex. expressus in c.non solum,ff.de appell.li.6. gl.ordinaria in l.iudiciorum, verb.sequuta, ff.de acc. quam dicit. singul. & vnicam Ant.Gom.in l. 4.Tau. nu.6.& in l.70.Tau.nu.11.& in 3.to.var. resol.C. de delict.nu. 81.& eam sequuntur Doct. secund. Ias.in l.& post rem nu. 1.ff.de transact.& est communis secundum D.Ant.de Padill.plures allegantem in l.transigere,num.45.C.de trans.& D.Couar.in pract.q.c. 23.num.2.

Nec obstat quòd appellatio fuit interposita à sententia interloquutoria, à qua non potest appellari per iura vulgaria, quia primo respondeo quòd habet vim diffinitiuę, quandoquidem definit hunc articulum suspicionis interim, quo causa

ſa principalis deciditur, quo caſu idem iudicatur
de ſententia interloquutoria quod de diffinitiua,
vt late probat Bernard. Diaz in regul. 353. in prin-
24 cipio, & ita † hoc caſu licitum eſt appellare ſicut
a diffinitiua, vt plures allegans tenet Maran. de or
din. iud. 6. parte princip. C. de appellat. num. 130,
fol. 579. Secundo reſpondeo quòd hæc ſententia
affert damnum, quod per appellationem à diffini-
tiua reparari non poteſt quia coadiutor admini-
ſtrans tutelá tempore quo lis durauerit, non po-
teſt deſinere adminiſtrare, licet appelletur à diffi
nitiua; imo etiam durante ipſa appellatione à dif-
finitiua adminiſtraret, quo caſu licita eſt appella-
tio, vt tenet Bar. in l. ante ſententiam, ff. de appell.
recip. per tex. in l. 1. §. quæſitum ff. de appell. vbi
25 Bart. hoc ampliat, etiam † eo caſu, quo poſſit re-
parari grauamẽ per appellationem a diffinitiua,
ſed cum maxima difficultate: & vtrumque ſequi-
tur alios allegans Petrus Dueñas in reg. 52. in 12.
& 13. limitatione & ante eum Marant. vbi ſupra,
nu. 201. ſed in noſtro caſu ſententia affert perpe-
tuum grauamen, maxime cum tali coadiutore &
reſeruatione nominationis ipſius in fauorem ma
tris facta abſq; moderatione illa arbitrij iudicis:
ergo. &c.
26 Tertio † reſpondeo, quòd etiam in caſibus in
quibus non liceat appellare, ſi in ipſa appellatione
exprimantur iuſtæ cauſæ grauaminis, licita eſt ap-
pellatio & ſuſpendit effectum ſententiæ, ita quòd
interim non ſit innouandum vt tenet gl. in c. Ro-
mana, §. ſi autem, & ibi Dominic. in fin. de appell,
in 6. ſequitur plures referens Maranta de ordin,
judic, 6. parte princip. C. de appell. nu. 143. & ite-
rum 172. & 282. ergo cum in noſtro caſu præter-
quá, quòd licita ſit appellatio, quia a grauamine
irreparabili per appellationẽ a diffinitiua, expri-
muntur iuſtæ cauſæ grauaminis, deferendum eſt
neceſſario appellationi atque attentata ea duran
te, vel intra terminum in quo appellari potuit, re
uocanda per ſupradicta.
27 Cauſa † hæc fuit delata in gradu appellationis
ad regium prætorium Valiſoletanum vbi poſt par
tium allegationes, in prouiſione, quod aiunt fuit
pronunciatũ, reuocanda eſſe prout ſtatim fuerũt
reuocata acta & præcepta reliqua quæ omnia in
hac lite & cauſa geſta ac proceſſa & exequutioni
tradita per iudicem ordinarium ſecularem huius
ciuitatis à quo fuit appellatum, poſt ſententiam à
dicto iudice latam, qua præcepit ei adiutorem eſ-
ſe dandum, & reſeruauit nominationem eius ma-
tri, & eam confirmarunt, eo addito, vt coadiutor
iuſſus nominari per d. ſententiam à matre, non ſit
maritus ipſius, dummodo ſi ipſe velit poſſit eſſe
præſens rationibus reddendis; & ita fuit obtempe
ratum ad exequutionem deductum, itaque fuit
obtentum atque deciſum iuxta ſupra reſoluta,
quamuis reſeruatio nominandi coadiutorem fue-
rit ſimpliciter matri facta, dummodo non eſſet ip-
ſius maritus. Supereſt igitur, vt idem dicendum
ſit, de alio coadiutore nominando, qui pupillo
ſuſpectus, ac non expediens fuerit, quandoqui-
dem iudici ordinario remanet poteſtas à iure
inquirendi & decernendi ipſum ſi pupillo con-
uenerit, vel eum excludendi, ſi huiuſmodi non
ſit, per ſupra dicta, ſicut in regia cura fuit obſerua
tum cum vitrico minoris prædicto: & hac ratione
credo hoc omiſſum fuiſſe à regijs iudicibus cum
viderent, iudici ordinario id facere incumbere:
quod ſi ipſe minus recte non admittendum decre-
uerit, ab eo appellari poſſe, ac in regia curia refor-
mandum; nihilominus gratia ſuffcrendarum litiũ
opportunius eſt in reſeruatione ſimili facienda
id exprimere: Laus Deo optimo Maximo.

F I N I S.

